Der Anspruch des Pfändungspfandgläubigers auf Herausgabe der gepfändeten Sache und die Gegenrechte des Beklagten.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Klemens Böhmer

aus Westönnen (Kreis Soest i. Westf.)

Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm i. Westf.

Approbiert am 31. Januar 1930.

47 00

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1930

30:335

Der Anspruch des Pfändungspfandgläubigers auf Herausgabe der gepfändeten Sache und die Gegenrechte des Beklagten.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Klemens Böhmer

aus Westönnen (Kreis Soest i. Westf.)

Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm i. Westf.

Approbiert am 31. Januar 1930.

47 00

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1930

Referent:
Geheimer Justizrat Universitäts-Professor Dr. K ü b l e r.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Schwester Aenne gewidmet!

Inhaltsübersicht.

Seite:

Einleitung: Die Stellung des Pfändungspfandrechts im Zivilrecht . . 1

I. Teil: Wesen des Pfändungspfandrechts 2

II. Teil: Sein Verhältnis zum Recht des BGB. 4

III. Teil: Der Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers, § 1227 BGB. 5

a) Die allgemeinen Voraussetzungen 5

b) Die besonderen Voraussetzungen beim Pfändungspfandrecht 7

c) Die entsprechende Anwendung des § 985 BGB. 15

d) Die Voraussetzungen des § 985 BGB. 17

e) Der Erfolg der begründeten Klage 19

f) Die Anwendung des § 1007 BGB. auf den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers : 20

g) Die sonst für den Anspruch in Frage kommenden Vorschriften 26

IV. Teil: Die Gegenrechte des Beklagten 30

1. Einwendungen 31

a) gegen den Anspruch aus §§ 1227, 985 BGB. 31

b) gegen den Anspruch aus §§ 1227, 1007 BGB. 32

c. gegen den nach sonstigen Vorschriften geltend gemachten Anspruch 33

2. Einreden 36

a) gegen den Anspruch aus §§ 1227, 985 BGB. unter besonderer Berücksichtigung konkurrierender Pfandrechte . . . 36

b) gegen den Anspruch aus §§ 1227, 1007, BGB 52

c) gegen den nach sonstigen Vorschriften geltend gemachten Anspruch 53

V. Teil: Schluß

Das Pfändungspfandrecht in der Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen 54

Literaturverzeichnis.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruchots Beiträgen, Bd. 42.

Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer in ihrer Ausgestaltung durch das BGB. § 932 und § 935, und ihre Reduktion auf das kleinstmöglichste Maß. Leipzig 1908.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Abt. Sachenrecht, 8. Aufl. Jena 1924.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 2. Bd., Mannheim-Leipzig 1910.

Eccius: Schuldhafte Verletzung des Besitzes. In Gruchots Beiträgen, Bd. 53.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Teil, 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Abtlg. Recht der Schuldverhältnisse, 18./22. Aufl., Marburg 1923.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts, 3. Aufl., Berlin 1903.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtl. Sammlung (R.G.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).

Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Rspr.).

Ernst: Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn in § 683 BGB. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 95.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., München 1923.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung, 3. Buch, 3. Aufl., Berlin 1914.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., Tübingen 1926.

Freudenthal-Sauerländer: Die Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., München 1926.

Fuchs: Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34.

Gierke, O. v.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1897.

Gierke, O. v.: Deutsches Privatrecht. Bd. 2, Leipzig 1905.

Goldmann: Die rechtliche Natur der Interventionsklage. In Gruchots Beiträgen, Bd. 50.
Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil, Leipzig 1919.
Hölder: Ueber Ansprüche und Einreden. Archiv für zivil. Praxis, Bd. 93.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin 1925.
Last: Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio. In Grünhuts Zeitschrift bür das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 36.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im Bürgerl. Recht. München 1906.
Löwenwarter: Lehrkommentar zum BGB., Schuldrecht III. Berlin 1928.
Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., Freiburg 1898.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.
Oertmann: Das Problem der relativen Zuständigkeit, Iherings Jahrbücher, Bd. 66.
Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 2, 4. Aufl., Lahr 1901.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II, 1, 4. Aufl., Berlin 1914;
II, 2, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1928;
III, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1920.
Püschel: Die Pfandklage des Bürgerl. Gesetzbuches. Dissertation Göttingen, Berlin 1903.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch (RGR. Komm.), Bd. 1—3, 6. Aufl., Berlin-Leipzig 1928.
Riedinger: Der Besitz an gepfändeten Sachen. Breslau 1903.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1927.
Rosenberg: Sachenrecht, 1. Bd., München 1919.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1929.
Scherk: Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 986, Abs. 1 BGB.). In Iherings Jahrbüchern, Bd. 67.
Scherer: Ergreift das Mietpfandrecht die eingebrachten Sachen Dritter? D.J.Z. 1900.
Schultz, Erwin: Die Pfandansprüche nach § 1227 des BGB., Leipzig 1903.
Schultz, Rudolf: Besprechung in Juristischer Wochenschrift 1919, S. 448, 2, Fall 9.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1908.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1902.
Sörgel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 4. Aufl., Stuttgart 1929.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München-Leipzig 1926.
Staub-Könige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II., 1. Teil, 7./8. Aufl., München-Berlin 1912.
Staudinger: II, 3. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1929.
Staudinger: III, 1. und 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926.
Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II, 14. Aufl., Tübingen 1929.
Sydow-Busch: Die Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., Berlin 1909.
Thon: Die rechtsverfolgende Einrede in Iherings Jahrbüchern, Bd. 28.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Leipzig 1910.
Vogt: Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache. Diss. Rostock. 1903.
Voss: Pfändungsakt als Besitzerwerb. Zeitschr. f. Vollstreckungswesen. Jahrg. 12 und 13.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch.
Bd. I, Tübingen 1923.
Bd. II, Tübingen 1927.
Wolff: Das Recht zum Besitze, Berlin 1903.
Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II., 1. Abtl., Sachenrecht, 19. Aufl., Marburg 1923.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 99.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549613_0041

Einleitung.

Das Ziel fortschrittlicher Rechtsentwicklung ist ein doppeltes, Ausbildung und Neuschaffung der einzelnen Rechtsinstitute nach den Bedürfnissen des Verkehrs und Zusammenfassung der Vorschriften in einem einheitlichen Gesetzbuche. So schuf Justinian den Codex iuris civilis, Friedrich d. Gr. das Allgemeine Landrecht und die Gerichtsordnung; das Deutsche Reich hat seine Gesetze nach Gesichtspunkten der Entstehung von Rechtsverhältnissen und Vollstreckung entstandener Rechte einerseits und Wahrnehmung staatlicher Interessen an der Erhaltung der Gesellschaft anderseits kodifiziert. Das Privatrecht ist, abgesehen von Nebengesetzen, zusammengefaßt in zwei selbständigen Teilen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozeßordnung, soweit diese nicht Verfahrensrecht, also öff. Recht enthält. Jedoch ist diese Zweiteilung nur aus formellen Gründen haltbar; das Recht, das auf Grund des einen oder anderen Gesetzbuchs für den Bürger entsteht, ist dasselbe. So ergibt sich, daß Rechte gleichen Inhalts ihre Regelung in verschiedenen Gesetzen finden, so das gesetzliche und Vertragspfandrecht im BGB., das Pfändungspfandrecht in der Zivilprozeßordnung. Vorliegende Arbeit soll zeigen, wie der Pfändungspfandgläubiger nach dem Rechte des BGB. geschützt wird, und welche Ergänzung der Vorschriften des BGB. durch die der ZPO. stattzufinden hat.

I. Teil: **Das Wesen des Pfändungspfandrechts.**

Die Vorschrift, die dem Gläubiger im Vollstreckungsverfahren eine bestimmte Sicherheit gibt, ist in § 804 ZPO. enthalten. Dadurch bekommt derjenige, der im Erkenntnisverfahren gesiegt hat, eine teilweise Erfüllung seines bestehenden Rechts, und schon daraus, daß es eine Erfüllung des Rechtes in Verfolg eines Rechtsschutzanspruches ist, ergibt sich, daß es sich um ein Recht kraft staatlicher Gewalt handelt. Das Pfandrecht das § 804 Abs. 1 ZPO. entsteht durch Pfändung, diese ist ein öffentlich-rechtlicher Staatsakt, der auf Verlangen des Gläubigers vorgenommen wird. Das Pfändungspfandrecht ist eine selbständige dritte Art des Pfandrechts neben dem Vertragspfandrecht und dem gesetzlichen Pfandrecht, aber näher mit dem letzteren verwandt[1]). Vom Vertragspfandrecht unterscheidet es sich dadurch, daß der zum Pfändungspfandrecht wesentliche Entstehungsgrund ein öffentlich-rechtlicher Staatsakt ist, während des Vertragspfandrecht durch rechtlich erhebliche Handlungen der Beteiligten entsteht, vom gesetzlichen Pfandrecht insofern, als dieses bei Vorliegen bestimmter Tatbestände ohne darauf gerichteten Willen eines Menschen entsteht, während das Pfändungspfandrecht einer auf seine Entstehung gerichteten Willensäußerung des Gläubigers bedarf. Die Unterschiede liegen in der verschiedenen Art der Entstehung. Bei der Untersuchung des juristischen Gehalts des Pfändungspfandrechts dagegen können nur formgebende Sätze des materiellen Rechts Anwendung finden, denn auf dem Gebiete der Erkennung des Inhalts des Rechts gibt es keine zivilprozeßuale Besonderheiten. Das Pfändungspfandrecht ist ein dingliches Recht mit dem Inhalte des Pfandrechts des BGB., und da der Inhalt des Rechts das Wesen des Rechts ist, kann man sagen, daß das Pfändungspfandrecht ein Pfandrecht ist. Die gesetzliche Handhabe für diese Erklärung des Pfändungspfandrechts bietet § 804 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO. Danach werden dem Inhaber des Pfändungspfandrechts dieselben Rechte gewährt, wie bei einem durch Vertrag erworbenen Pfandrecht, jedoch nur im Verhältnis zu anderen Gläubigern; aus Abs. 3 folgt der Ausschluß des Erwerbs durch guten Glauben im Vollstreckungsverfahren . Wollte man § 804 Abs. 2 ZPO. wörtlich verstehen, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß das prozessuale Pfandrecht nur teilweise dingliche Wirkung äußerte, ähnlich wie ein „Recht zur Sache" sich äußern könnte. Doch ist der Begriff der relativen Dinglichkeit ein logischer Widersinn, denn gerade darin besteht das Wesen des

[1]) Stein, § 804, Bem. 1, S. 660; Förster-Kann, § 804, Bem. 2, S. 615; RG. 67, 219.

dinglichen Rechts, daß es ein Verhältnis von Person zur Sache darstellt und zwar ohne Beziehungen zu einer andern Person, während das Gebiet des Relativen sich in persönlichen Rechten zeigt, in dem Verhältnis der Gebundenheit von Person zu Person. Mag der buchstäbliche Sinn des § 804 Abs. 2 ZPO. ein relatives Pfandrecht zum Ausdruck bringen, der Wortlaut des Gesetzes kann nicht jahrtausendalte Begriffe abändern, und tut er es, so ist es Aufgabe der Wissenschaft, das Gesetz auszulegen, und in diesem Falle ist der Wortlaut des Gesetzes nicht bindend. Die Mehrzahl der Schriftsteller hat daher den § 804 Abs. 2 ZPO. dahin interpretiert, daß der Pfändungspfandgläubiger nicht nur im Verhältnis zu anderen Gläubigern, sondern auch im Verhältnis zu beliebigen Dritten die Rechte eines Pfandgläubigers habe[2]). Die Gleichstellung von Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht kann jedoch nur insoweit durchgeführt werden, als es sich darum handelt, daß beide dingliche Rechte sind.

Unabhängig vom Inhalte des Rechts sind der Entstehungsgrund (vgl. oben S. 2) und die Gründe, die ein Erlöschen des Rechts bewirken. Soweit die Aufhebungsgründe allgemein pfandrechtlicher Natur sind und in Konstellationen dieser Art regelmäßig Platz greifen, gelten sie auch für das Pfändungspfandrecht, so z. B. §§ 1256, 1253 BGB. Das Pfändungspfandrecht kann auch noch dadurch, daß ihm das Kraft staatlicher Autorität verliehene Fundament entzogen wird, erlöschen, so als Folge der Klage aus §§ 767, 771 ZPO. Dagegen ist es zweifelhaft, ob die Veränderung der durch § 808 ZPO. vorgeschriebenen und gemäß § 808 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO. errichteten Besitzverhältnisse auf den Bestand des Rechtes Einfluß hat. Das läßt sich am besten beantworten, wenn man zunächst feststellt, welchen Zweck das Gesetz mit der in § 808 ZPO. enthaltenen Vorschrift verfolgt. Sieht man § 808 Abs. 1 als Regel an, so erhellt, daß als erstes dem Schuldner die tatsächliche Gewalt über die Sache genommen werden soll, damit der Gläubiger in Ruhe der Versteigerung entgegensehen kann; die tatsächliche Verfügungsbeschränkung des Schuldners in § 808 Abs. 1 wird in Abs. 2 durch Anbringung eines Siegels und die Strafdrohung des § 137 StGB. ersetzt. Doch ist mit dieser Tatsache der Zweck des § 808 ZPO. nicht ganz erreicht, vielmehr ist es eine Tendenz modernen Rechts, vorhandene, vom Gesetz geforderte Tatsachen als Grundlage von Rechten zu behandeln; so ist in der Vollstreckung die Besitzstellung des Gläubigers als Inhaber des Pfandrechts rechtlich geschützt. Dem dinglichen Recht entspricht regelmäßig eine merkliche Publizität, und die Besitzveränderung im § 808 ZPO. ist die publizistische Form des dinglichen Rechts, wie solches aus §§ 929, 1205, 873 usw. BGB. bekannt ist.

[2]) Stein § 804, Bem. III, S. 662; Hellwig, System, S. 246; Förster-Kann § 804, Bem. 2, S. 615; Seuffert § 804, Bem. 3, S. 478; ebenso die Rspr. RG. 97, 40; 35, 335; 61, 333; J. W. 28. 6. 98, S. 479, Sp. 2.

Ist bei Entstehung des Pfandrechts die Publizität gewahrt, die Sache dem Schuldner weggenommen oder die Pfandmarke angebracht, so können später vorgenommene Aenderungen dem Pfandrecht nicht mehr schädlich werden[3]), denn die Offensichtlichkeit übt ihre Funktion bei der Entstehung von Rechten aus und ist regelmäßig für den Weiterbestand des Rechtes ohne Bedeutung (vgl. auch § 935 BGB.). Man kann daher nicht sagen, daß der Bestand des Pfandrechts formell an den Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers oder an den Bestand der Pfandmarke gebunden sei[4]), vielmehr sind solche äußeren Veränderungen ohne Willen des Gläubigers dem zugrundeliegenden Rechte ungefährlich.

Eine weitere Besonderheit hat das Pfändungspfandrecht im Verhältnis zu vorstehenden Pfandrechten, deren Inhaber sich nicht in Besitz der Sache befinden (§ 805 Abs. 1 ZPO.). Während nach bürgerlichem Recht im Verhältnisse der Pfandrechte zueinander das vorstehende Pfandrecht unbedingt das stärkere ist und bei der Befriedigung aus der Sache dem nachstehenden immer vorgeht, wenn der Inhaber des stärkeren Rechts dies verlangt, (Gegenschluß aus § 1232 BGB.), ist der Inhaber des Pfändungspfandrechts nicht gehalten, einem vorstehenden Pfandgläubiger die gepfändete Sache herauszugeben, § 805 ZPO. Jedoch ist dies nur insofern eine Durchbrechung der Rangordnung der Pfandrechte, als es dem vorstehenden Gläubiger verwehrt ist, seinen Willen zur Sache zu betätigen, wie es ihm regelmäßig bei dinglichen Rechten zusteht. Um seine bessere Position wird der vorstehende Gläubiger nicht gebracht; denn für ihn ist die Rangordnung bei Verteilung des Erlöses immer maßgebend, und da bleibt ihm auch in § 805 ZPO. sein besseres Recht.

Die besondere Art der Pfandverwertung in der ZPO. ist rein formal-rechtlicher Natur und für den Inhalt des Rechtes wenig interessant.

II. Teil: **Das Verhältnis des Pfändungspfandrechts zum Recht des BGB.**

Die Gleichstellung des Pfändungspfandrechts mit einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte (§ 804 Abs. 2 ZPO.) ist an sich schon keine vollständige und kann es nicht sein wegen der Besonderheiten, die das Pfändungspfandrecht aus der Entstehung auf Grund öff. Rechts mitgebracht hat. Weiterhin erscheint es nicht möglich, sich ohne weiteres, soweit die Gleichstellung reicht, damit zufrieden zu geben und das Pfändungspfandrceht formell neben das Vertragspfandrecht zu setzen[5]), vielmehr muß in jedem

[3]) RG. 35, 336; Urteil des RG. vom 21. 9. 1898 bei Gruchot. Bd. 44, S. 1200; RGSt. 16, 273; ebenso herrschende Lehre.

[4]) Wie Endemann S. 953, Note 22, behauptet.

[5]) Wie es in den Kommentaren zur ZPO. mit einem Hinweis auf § 1227 BGB. und in den Kommentaren zum BGB. mit einem

Falle der Anspruchserhebung das Bestehen des Rechtes aus der ZPO. entnommen werden und der im Anspruch geforderte Erfolg nach der dem Gläubiger in der ZPO. zukommenden Stellung bemessen werden. Im Konkurrenzfall mit anderen Pfandrechten kann nicht in formeller Konsequenz die Gleichheit der Rechte zu gleicher Behandlung führen, sondern, da vor Entscheidung des Konkurrenzfalles zunächst der Bestand der einzelnen Rechte festzustellen ist, kann erst nach gleichmäßiger Würdigung der für die einzelnen Rechte einschlägigen Vorschriften der Grundsatz der Rangordnung bei dinglichen Rechten angewandt werden. Eine ins Einzelne gehende Ausführung dieser Leitsätze ist im allgemeinen erkenntniskritischen[6]) Rahmen nicht möglich, weil die Anwendung der hervorgehobenen Sätze sich naturgemäß erst in der Heranziehung der einzelnen in Frage kommenden Vorschriften des BGB. ausführen läßt. Im weiteren wird der in der Hauptsache interessierende dingliche Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers als Wegweiser für die Erkenntnis korrespektiver Gesetzesvorschriften dienen.

III. Teil: Der Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers, § 1227 BGB.

a) Die allgemeinen Voraussetzungen.

Wo es im heutigen Recht ein dingliches Recht gibt, gibt es auch Ansprüche aus dem dinglichen Recht entweder zur Verwertung des dem Recht unterliegenden Gegenstandes (Verbrauch des Rechts) oder zur Erhaltung der dem Recht entsprechenden äußeren Stellung (Gebrauch des Rechts). Das erstere tritt beim Pfandrecht als Pfandverkauf in Erscheinung, das letztere in der Geltendmachung der Klage aus § 1227 BGB. und nur dies ist ein positiver Anspruch, während man das Verbrauchsverfahren eher als Ausfluß eines verstärkten Kann-Rechtes bezeichnen könnte.

§ 1227 BGB. gibt keine eigene Pfandklage, die in ihren Voraussetzungen selbständig geregelt ist[7]), diese ist dem BGB. unbekannt. Vielmehr stellt § 1227 BGB. nur einen Teil des Tatbestandes auf und gebietet die Ergänzung aus dem Anspruch des vollen dinglichen Rechts, dem Eigentume[8]). Der Teiltatbestand erfordert das

---

Hinweis auf § 804 ZPO. geschieht; damit erwartet scheinbar der eine die Klärung vom andern.

[6]) Dieser von Frank m. W. zuerst auf die Rechtslehre angewandte Ausdruck (§ 263, II, b, S. 559) erscheint für vorliegende Untersuchung angebracht.

[7]) Wie die actio Serviana und die actio quasi Serviana vel hypothecaria des römischen Rechts, das überhaupt durch sein Aktionensystem den Vorteil der einfacheren Rechtsanwendung hatte: über die dingliche Pfandklage im römischen Recht, vgl. Sohm, S. 345.

[8]) Staudinger, III., 2 Teil, 1 § 1227 Anm. 1, S. 1423; Cosack. S. 357, Bem. 3, der von einem dem Eigentumsanspruch nachgebildeten dinglichen Pfandanspruch spricht; Endemann, S. 917.

Vorliegen eines Pfandrechts und die Beeinträchtigung dieses Rechts.

Das Bestehen des Pfandrechts richtet sich nach den seine Entstehung betreffenden Vorschriften. Beim Vertragspfand hat der Kläger Einigung und Uebergabe oder deren Ersatzmittel darzulegen (§ 1205 ff. BGB.), beim gesetzlichen Pfandrecht muß er die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes behaupten und notfalls beweisen (§§ 233, 559, 590, 704, 647 usw. BGB.), der Pfändungspfandgläubiger hat die Entstehung seines Pfandrechtes aus den Vorschriften der ZPO. nachzuweisen.

Es wäre ein durch die Leichtigkeit der Geltendmachung zu weitreichender Anspruch, wenn das Bestehen des Pfandrechts allein genügen würde, für die Pfandklage zu legitimieren; daher folgt aus der Begrenzung des dinglichen Rechts, daß zudem noch eine Beeinträchtigung des Rechts verlangt wird. Jedoch kann unter Beeinträchtigung nicht eine Schmälerung des dinglichen Rechtes selbst verstanden sein; dagegen, etwa gegen den rechtsändernden Erwerb durch einen Gutgläubigen (§ 936 BGB.), gibt es keinen dinglich wirkenden Schutz, weil im Falle der Zerstörung oder Schmälerung des Rechts die erste Voraussetzung des § 1227 BGB., nämlich das dingliche Recht, sofort hinfällig wird und damit auch die Legitimation zur Klage. Da aber § 1227 BGB. eine Beeinträchtigung verlangt, kann diese nur in einer Veränderung der mit dem dinglichen Recht verbundenen äußeren Stellung gefunden werden, und das ist die Besitzlage als das „Kleid" des dinglichen Rechts. Weiterhin muß noch gefordert werden, daß es sich nicht um den tatsächlichen Besitz (§ 854 BGB.) handelt, denn Tatsachen, die nicht den Tatbestand eines Rechtes bilden, erzeugen keine Ansprüche (Ausnahme: §§ 861, 862, 869 BGB.), sondern, da ein Recht die Grundlage des Anspruchs bildet, ist es der rechtlich geschützte Besitz, das Recht zum Besitz, dem die Beeinträchtigung widerfahren sein muß. Der Pfandgläubiger hat also ein Besitzrecht nachzuweisen. Dieser Satz ist auch durch arg. e contr. aus dem Gesetz zu entnehmen: Infolge der Klage aus §§ 1227 BGB. kann der Kläger nur die Uebertragung des Besitzes verlangen, denn „wird das Recht in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt" (§ 1004 BGB.), so muß aus § 1004 BGB. geklagt werden. Kann er nun die Uebertragung des Besitzes verlangen, so muß er auch ein Recht dazu haben, andernfalls würde das Gesetz ihm nicht den Anspruch darauf geben[9]).

Ein Besitzrecht ist für keinen Fall der möglichen Pfandrechte im Gesetze bestimmt, jedoch wird es in Erkenntnis der dinglichen Natur des Rechts und der schuldrechtlichen Stellung des Pfandgläubigers mit Recht für den Fall, daß tatsächlicher Be-

[9]) Püschel, S. 18; Planck, III, § 1227, Bem. 1, S. 1198: „Infolge seines Rechts zum Besitz hat der Pfandgläubiger einen dinglichen Herausgabeanspruch." Schultz, Erwin, S. 4; Emmerich, S. 162; Wolff, Sachenrecht, S. 578.

sitz vorhanden ist, angenommen. Das erste Argument für diese Annahme liegt in der ausdrücklichen Bestimmung des Entwurfs I, § 1153[10]). Die zweite Kommission strich diese Bestimmung als entbehrlich, weil das Besitzrecht aus der Natur des Pfandrechts folge. Nun wird, wahrscheinlich in Fortführung der von der 2. Kommission angegebenen Gründe, das Besitzrecht teilweise ohne weiteres aus der Natur des Pfandrechts hergeleitet[11]). Nach anderer Ansicht[12]) ergibt sich das Besitzrecht des Pfandgläubigers aus der Pflicht des Pfandbestellers, dem Pfandgläubiger eine bessere Besitzstellung zu verschaffen, als er selbst hat, und aus der zwingenden Natur der diese Pflicht begründenden Vorschrift. Andere[13]) nehmen an, daß sich der Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Verwahrung, Hinterlegung und Rückgabe der Pfandsache ein entsprechendes Besitzrecht als Kehrseite anschließen müsse, damit er dieser Verpflichtung nachkommen könne. Gegen diese Gründe ist nichts einzuwenden, sie dürfen allerdings nur für den Fall angewandt werden, in dem sie ohne Verzerrung und Ausdehnung zutreffen, und dürfen nicht angewandt werden, um aus dem Nichts ein Recht zu konstruieren. Daraus ergibt sich, daß in den Fällen, in denen das dingliche Recht ohne Besitzveränderung entsteht, sich aus der dinglichen Natur eben kein Besitzrecht folgern läßt, und daß da, wo der Pfandgläubiger keine besitzvoraussetzende Verpflichtung hat, für ihn auch kein Besitzrecht vorhanden ist. Mit dem vertraglichen Pfandrecht ist also ein Recht zum Besitz verbunden, bei den gesetzlichen Pfandrechten ist es im Einzelfall nachzuprüfen, beim Pfändungspfandrecht wird es unten untersucht werden.

b) Die besonderen Voraussetzungen beim Pfändungspfandrecht.

Das Pfändungspfandrecht ist in den Vorschriften der ZPO. geregelt. Und zwar wird hier nicht die Vornahme der Pfändung allein genügen, um das Pfandrecht als entstanden ansehen zu können. Wenn auch § 804 Abs. 1 ZPO. bestimmt, daß durch die Pfändung ein Pfandrecht entsteht, so erscheint es doch angebracht, in dieser Vorschrift nicht die Entstehung eines Pfandrechtes kraft eines Formalaktes der Behörde zu erblicken, sondern dem Pfandrecht die Grundlagen als notwendig zu geben, die ihm wegen seiner Beanspruchung der Gleichheit mit dem vertraglichen Faustpfandrecht (§ 804 Abs. 2 ZPO.) gebühren. Die Pfandsache muß dem Vollstreckungsschuldner gehören[14]); einen gutgläubigen Erwerb gibt

---

[10]) Planck, III, § 1204, Bem. 2b, S. 1156.

[11]) Wolff, Recht zum Besitz, S. 6; Staudinger III, 2, § 1204, Bem. I, 7, S. 1388; Cosack, S. 360, § 98, I, 1.

[12]) Emmerich, S. 142, 143.

[13]) Planck III, § 1204, Bem. 2b, S. 1156; Staudinger III, 2, § 1204, Bem. I, 7, S. 1388.

[14]) M. Wolff in der Festgabe für Hübler, 1905.

es nur durch Rechtsgeschäft, nicht aber durch Gesetz und am wenigsten durch einen Akt der Behörde. Nun behauptet ein Teil der Zivilprozessualisten[15]), in dem Falle der Pfändung einer dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörigen Sache sei der Eigentümer auf den Behelf des § 771 ZPO. angewiesen, andernfalls hätte § 771 kein Anwendungsgebiet. Dem ist zu erwidern, daß man, auch wenn man diesen streitigen Fall nicht unter § 771 ZPO. bringt, immerhin noch ein großes Anwendungsgebiet hat (z. B. man denke an die Fälle gesetzlicher Mitberechtigung, die nicht gerade Pfandrechte oder Eigentumsanteile sind). Ferner ist diese Art der Beweisführung, daß im gegenteiligen Falle eine Vorschrift keinen Zweck habe, mehr eine petititio principii, als eine Begründung. Viel richtiger erscheint es, für den Bestand des Pfandrechts durch die Pfändung das Eigentum des Vollstreckungsschuldners zu fordern, wie es auch bei Entstehung von Pfandrechten durch Gesetz (gesetzliche Pfandrechte) notwendig ist. Dasselbe muß für den Fall gelten, daß der Gerichtsvollzieher entgegen § 808 Abs. 1 ZPO. Sachen gepfändet hat, die sich nicht im Gewahrsam des Schuldners befanden. Dagegen besteht das Pfändungspfandrecht (abweichend von § 1252 BGB.) weiter, wenn der Schuldner die Forderung, die den Anlaß zur Pfändung gab, bezahlt hat; diesfalls muß eine besondere Einstellungsanordnung ergehen (§ 775 Ziff. 5, §§ 767, 769 ZPO.). Ebenso steht es, wenn sonstige Voraussetzungen wegfallen, was nach allgemeinen Grundsätzen im Pfandrecht an beweglichen Sachen ein Erlöschen des dinglichen Rechts bewirken würde (§ 775 Ziff. 1, 2, 3, 4 ZPO. und § 1252 BGB.). Die Gleichstellung in § 804 Abs. 2 ZPO. ist auch im Verhältnis des dinglichen Rechts zu der zugrundeliegenden Forderung keine völlige, dem Pfändungspfandrecht fehlt die Akzessorietät; der Pfändungspfandgläubiger hat, obwohl die zugrundeliegende Forderung nicht oder nicht mehr besteht, noch die Klagebefugnis aus § 1227. BGB.

Die zweite Klagvoraussetzung in § 1227 BGB. ist das Besitzrecht des Klägers. Die für den Nachweis dieses Rechts im BGB. geltenden Grundsätze müssen auch für das Pfändungspfandrecht Gültigkeit haben[16]). Das ergibt sich einmal aus der ausdrücklichen Vorschrift des § 804 Abs. 2 ZPO., die grundsätzlich Vertragspfand und Pfändungspfand gleichstellt und somit auch gleiche Behandlung des Besitzrechts fordert; eine Besonderheit des Pfändungspfandrechts läßt sich hier aus keiner Vorschrift entnehmen. Allerdings kann man keine Obhutspflicht des Pfändungspfandgläubigers annehmen[17]) und daher auch daraus kein Besitzrecht folgern, vielmehr muß auch die dingliche Natur des Pfändungs-

[15]) Vgl. Stein, § 804, II, 3, S. 661; weitere Literaturangaben ebenda Note 17.

[16]) Engelmann, S. 610, I; dem Sinne nach auch Emmerich. S. 157, 527.

[17]) Emmerich, S. 193; Stein, § 808, Bem. IV, S. 683.

pfandrechts genügen, um dem Pfändungspfandgläubiger ein Besitzrecht zuzusprechen. Dazu kommt noch, daß für die Entstehung des Pfandrechts im Pfändungsverfahren (§ 808 ZPO.) eine Besitzveränderung unumgänglich notwendig ist, die ebenso wie die Besitzveränderung beim vertraglichen Pfandrecht den Schluß auf die gleichzeitige Entstehung eines Besitzrechtes rechtfertigt.

Die Art des dem Gläubiger zustehenden Besitzrechtes kann nicht nach allgemeiner Regel bestimmt werden, sondern muß die Gründe für die Art seiner Besitzberechtigung im Entstehungsstadium des jeweiligen dinglichen Rechtes finden. Im BGB. entspricht beim vertraglichen Pfandrecht die Art des Besitzrechtes dem dem Pfandgläubiger bei der Pfandbestellung tatsächlich eingeräumten Besitz[18]); regelmäßig ist der Pfandgläubiger unmittelbarer Besitzer und hat das Recht zum unmittelbaren Besitz. Beim gesetzlichen Pfandrecht richtet sich ebenfalls die Art des Rechtes zum Besitz nach der Art des Besitzes, den der Pfandgläubiger beim Eintritt des gesetzlichen Tatbestandes tatsächlich hat. Ist es im BGB. so, daß der tatsächliche Besitz im Stadium der Pfandrechtentstehung von einem Recht zum Besitz getragen wird, und zwar so, daß Recht und Tatsache sich in ihrer Art (Grad, Rang, Umfang usw.) entsprechen, dann bestehen keine Bedenken, für das Besitzrecht beim Pfändungspfandgläubiger denselben Maßstab anzulegen. Demnach hat der Pfändungspfandgläubiger als Objekt der Beeinträchtigung (§ 1227 BGB.) diejenige Art des Besitzes und das Recht zum Besitz, wie die Besitzveränderung in § 808 ZPO. beides entstehen läßt.

Da aus dem Bestehen eines Rechtes und des von ihm gerechtfertigten Besitzes noch nicht auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung geschlossen werden darf, so ist aus der Feststellung der Art des Besitzes (Besitzverhältnisse) in § 808 ZPO. zu ersehen, ob und von wem die so geschaffene Besitzlage derart verändert werden kann, daß es sich für den Pfändungspfandgläubiger als Beeinträchtigung, nämlich als Verschlechterung in seiner Besitzstellung, darstellt.

Gerade in der Literatur zu § 808 ZPO. zeigt sich, daß dem deutschen Recht die Gefahr innewohnt, ein doppeltes Recht zu werden; die einen[19]) halten Besitz für einen allgemein gültigen Begriff und wenden in seiner Beurteilung die allgemeinen Vorschriften des BGB. an, die anderen[20]) halten das öffentliche Recht für berufen, ein neues Sachenrecht zu schaffen. Hier muß unbedingt daran festgehalten werden, daß da, wo es sich um Sachen handelt, die Rechtsbegriffe nur einheitliche sein können, und zwar sind mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften hier die Vorschriften des BGB. maßgebend; es gibt weder ein besonderes öffentlich-rechtliches Eigentum noch einen besonderen öffentlich-rechtlichen Besitzstand.

[18]) Planck III, § 1204, Bem. 2b, S. 1156.
[19]) vgl. Note 21) Seite 10.
[20]) vgl. Note 22) und 23) Seite 10 und Note 27) Seite 11.

Bei der Würdigung der Besitzverhältnisse in § 808 ZPO. ergeben sich Meinungsverschiedenheiten sowohl aus der verschiedenen Auffassung der Stellung des Gerichtsvollziehers (GV.) zum Pfändungspfandgläubiger (Gl.) als auch aus der unterschiedlichen Betrachtung des Abs. 1 und Abs. 2 des § 808 ZPO.

Es ist von vornherein klar, daß die Besitzverhältnisse in § 808 Abs. 1 ZPO. andere sind als in § 808 Abs. 2 ZPO. Nur ist es zweifelhaft, ob man den Abs. 2 als die Fortführung des Abs. 1 betrachten soll, oder hier Besitzverhältnisse annehmen soll, die ohne Rücksicht auf die vom Gesetz jedenfalls als Regel betrachteten Verhältnisse in Abs. 1 festzustellen wären. Dabei sind folgende Meinungen vertreten:

Im Falle des § 808 Abs. 1 ZPO. ist der GV. unmittelbarer Besitzer[21]). Die Besitzstellung des GV. ist unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Stellung des GV. Ist er Mandatar des Gl., so erwirbt er ebenso unmittelbaren Besitz, wie er als Beamter ohne Auftragsverhältnis bekommen würde; denn die Inbesitznahme in § 808 Abs. 1 ZPO. ist wie jede andere Besitzergreifung nach § 854 BGB. zu beurteilen. Und hier genügt der vom GV. erlangte „Besitz", um eine tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 BGB. zu begründen.

Wer den GV. für den Besitzdiener des Staates, also den Staat für den Besitzer hält[22]), verkennt die Stellung des Staates im Vollstreckungsverfahren. Diese Ansicht steht vereinzelt da.

Auch die Annahme eines Besitzdienerschaftsverhältnisses zwischen GV. und Gl.[23]) ist abzulehnen. Der GV. steht zum Gl. nicht in einem der in § 855 BGB. gekennzeichneten Abhängigkeitsverhältnisse.

Durch die Pfändung erwirbt der Gl. mittelbaren Besitz[24]). Dies ist nur möglich, wenn zwischen GV. und Gl. ein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB. besteht; dieses ist darin zu sehen, daß der GV. im ausschließlichen Interesse des Gl. vollstreckt und den Besitz an sich nimmt[25]).

Damit ist ein Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit vorhanden, das für die Anwendung des § 868 BGB. genügt, ein vertragli-

---

[21]) Förster-Kann, § 808, Bem. 5, S. 632; Bartels, S. 671; Kleinfeller, S. 636, IV., 1; Rosenberg, Zivilprozeß, S. 607, II, 2; Sachenrecht I, S. 118; Hellwig, System, S. 306, 3a; Goldmann, S. 816/17; Seuffert, § 808, Bem. 3f., S. 494; Freudenthal-Sauerländer, § 808, Bem. 5, S. 790; Planck III, § 868, Bemerk. 2b, S. 83/4; Vogt, S. 35; RG. 16, 386.

[22]) Riedinger, S. 43.

[23]) Worauf Bartels S. 672 hinweist.

[24]) Rosenberg, Zivilprozeß, S. 607, II, 2; Sachenrecht, S. 118; Seuffert, § 808, Bem. 3f., S. 494; Freudenthal-Sauerländer, § 808, Bem. 5, S. 790; Förster-Kann, § 808, Bem. 5, S. 632; Planck III, § 868, Bem. 2d, S .84.

[25]) Bartels, S. 671; Schultz, Rudolf, S. 448, Anm. zu Fall 9.

ches Verhältnis ist nicht erforderlich[26]), weil die Gleichstellung „ähnlicher Verhältnisse" in § 868 BGB. eine Erweiterung zuläßt.

Der mittelbare Besitz des Gl. wird bestritten vor allem mit dem Hinweis auf die Beamteneigenschaft des GV., die ein privatrechtliches Verhältnis der in § 868 BGB. bezeichneten Art nicht aufkommen lasse[27]). Demgegenüber ist festzustellen, daß lediglich die Beamteneigenschaft nicht privatrechtliche Wirkungen ausschließt, auch dann nicht, wenn sie sich in Ausübung eines Hoheitsrechtes äußert. Vielmehr ist der zur Zwangsvollstreckung erforderlichen Handlung des Gl. (Auftrag, § 753 ZPO.) die Bedeutung zuzumessen, daß sie nicht nur eine Voraussetzung zum Tätigwerden des GV. ist, sondern auch nach erfolgter Pfändung beachtlich ist und mit dem von ihr gewollten Erfolg, der Pfändung mit allen Folgen, in rechtlichem Zusammenhang steht. Im Besitzverhältnis äußert sich das naturgemäß als mittelbarer Besitz. Die scheinbar unübersichtliche Wechselwirkung der Beamteneigenschaft des GV. zum Auftrag des Gl. klärt sich am besten in der von Vogt[28]) gegebenen Formulierung: Als Beamter handelt der GV. bei der Pfändung, soweit er staatliche Gewalt verwirklicht, als Beauftragter erwirbt er dem Gl. Rechte.

Weiterhin versucht Voss[29]) den mittelbaren Besitz des Gläubigers damit abzustreiten, daß er den Auftrag des Gl. nicht auf die Besitzergreifung, sondern auf die Zwangsvollstreckung bezieht. Letzteres ist richtig, aber mit dem Auftrag zur Zwangsvollstreckung ist notwendig ein Auftrag für das Verfahren der Vollstreckung verbunden. Wer den Auftrag gibt, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, schließt in den Auftrag die Anwendung der Mittel ein, die zur Ausführung erforderlich sind, daher bezieht sich der Auftrag des Gl. auch auf die Besitzergreifung. Der Einwand von Voss[30]), der Gl. habe nicht den Anspruch auf Herausgabe an sich selbst, wie § 868 BGB. fordere, ist nicht geeignet, mittelbaren Besitz des Gl. auszuschließen. Das zeigt zutreffend Vogt[31]) mit dem Hinweis, daß der Herausgabeanspruch deshalb dem Gl. fehle, damit der Schuldner nicht der Willkür des Gl. preisgegeben sei, ebenso wie dem Gl. nicht die selbständige Durchführung seines Rechts gestattet sei, sondern er auf den GV. angewiesen sei[32]). Die Versagung des unbeschränkten Herausgabeanspruchs rechtfertigt nicht den Schluß, auch das dem Anspruch zugrundeliegende Verhältnis

---

[26]) Stein, § 808, Bem. 4, S. 684; RG. 94, 341; OLG. Jena, Rspr. 2, S. 267.

[27]) Riedinger, S. 53; Kleinfeller, S. 636, IV. 1.

[28]) Vogt, S. 34; vgl. auch RG. 16, 400.

[29]) Voss, S. 124.

[30]) S. 124.

[31]) Vogt, S. 36.

[32]) Rosenberg, Sachenrecht, S. 118, der auch in dem Anspruch des Gl. gegen den GV. auf Herausgabe des Erlöses ein Zeichen des bestehenden Besitzmittlerverhältnisses sieht.

sei ausgeschlossen: „Die Vorschrift des § 869 BGB. ist nicht eine derartige, daß von ihrer praktischen Durchführung im Einzelfalle etwa die Existenz des mittelbaren Besitzes überhaupt abhinge“[33]).

Betrachtet man den GV .als Stellvertreter des Gl.[34]), so erwirbt der Gl. zweifellos nach § 868 BGB. mittelbaren Besitz als Auftraggeber[35]).

Nach dem Gl. ist der Schuldner (Sch.) mittelbarer Besitzer gemäß § 871 BGB.[36]). Nach dieser Vorschrift ist mehrstufiger mittelbarer Besitz möglich, sofern zwischen den Beteiligten das in § 868 BGB. geforderte Verhältnis besteht. Nach dem oben dargelegten Besitzverhältnis zwischen Gl. und GV. kann über die Anwendbarkeit des § 868 BGB. auf das Verhältnis zwischen Gl. und Sch. kein Zweifel mehr bestehen, insbesondere, wenn man mit herrschender Lehre die Vorschriften des BGB. über den buchstäblichen Sinn des § 804 Abs. 2 ZPO. hinaus auf das Pfändungspfandrecht anwendet, soweit die ZPO. dafür Raum läßt; denn dann kann man das Verhältnis zwischen Gl. und Sch. als dingliches Pfandrechtsverhältnis betrachten und unmittelbar auf den § 868 BGB. übertragen.

Es ergibt sich also als Folge aus § 808 Abs. 1 ZPO., daß der GV. unmittelbarer, der Gl. erststufiger mittelbarer, der Sch. zweistufiger mittelbarer Besitzer der Pfandsache ist.

Nun wird behauptet, dies gelte uneingeschränkt für beide Arten der Pfändung, diese Besitzverhältnisse seien konstant und wären nicht anders, wenn der GV. die Pfändung nach § 808 Abs. 2 ZPO. vornähme[37]). Diese Ansicht stützt sich darauf, daß Abs. 1 des § 808 ZPO. für alle Fälle der Pfändung bestimme: der GV. nimmt die Sachen in Besitz. Wenn dies für Abs. 1 Ergreifung des Besitzes sei, so könne es für Abs. 2 keine andere Bedeutung haben. Die Behauptung ist nur haltbar, wenn man annimmt, daß § 808 ZPO. außer der Regelung der Besitzverhältnisse noch eine gesetzliche Norm über Begriffe des Besitzes enthalte, also kraft Gesetzes die sonst geläufigen Besitzregeln (§ 854 ff. BGB.) ausgeschlossen seien, wie es im Fall des § 857 BGB. ausnahmsweise bestimmt ist. Aber für diese Ausnahme gibt § 808 ZPO. keinen Anhalt. Die Ansicht der unter Note 37) S. 12 Genannten ist der Versuch, für den

---

[33]) Vogt, S. 38.

[34]) Petersen - Anger, § 808, Bem. II, 7, S. 448; MandryGeib, S. 397, IV, 1.

[35]) Bartels, S. 671.

[36]) Rosenberg, Zivilprozeß, S. 607, II, 2; Sachenrecht, S. 118; Seuffert, § 808, Bem. 3 f., S. 494; nach Hellwig, System, S. 306, 3a würde der Sch. mittelbarer Besitzer erster Stufe sein, da Hellwig dem Gl. keinen mittelbaren Besitz zuerkennt.

[37]) Bartels, S. 672; Kleinfeller, S. 636, Note 10: „Der GV., der die Sache im Gewahrsam des Sch. beläßt, ist ebenso unmittelbarer Besitzer, wie im Falle der Wegnahme“; Rosenberg, Sachenrecht, S. 119; Hellwig, System, S. 306, 2a.

Besitz eine öffentlich-rechtliche Sonderheit zu entdecken; dieser Versuch kann keinen Erfolg haben.

Allerdings kann eine Pfändung (sowohl nach Abs. 1 als auch Abs. 2 des § 808 ZPO.) nur durch Besitzergreifung des GV. vorgenommen werden, aber es steht im Falle des § 808, Abs. II ZPO. dem GV. frei, sofort den Besitz wieder auf den Sch. zu übertragen[38]) (§ 808, Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Von diesem Augenblick der Rückübertragung ab löst die in § 808 Abs. 2 Satz 2 ZPO. geforderte Ersichtlichmachung den Besitz des § 803, Abs. I ZPO. als Publizitätsmittel ab. So ist der für beide Fälle der Pfändung verbindliche Abs. 1 des § 808 ZPO. beachtet; denn durch Besitzergreifung des GV. ist die Pfändung vorgenommen, der Weiterbestand ist durch Abs. 2 Satz 2 gesichert[39]). Der Schuldner ist im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. unmittelbarer Besitzer, § 854 BGB. Das wird abgestritten[40]) mit der weiteren Begründung, der Schuldner habe trotz seines „Gewahrsams" nicht mehr die tatsächliche Gewalt im Sinne der Verkehrsanschauung, diese sei ihm durch Anlegung der Pfandzeichen entzogen, über ihm schwebe das Damoklesschwert des § 137 StGB. Allerdings hat der Sch. nicht mehr die tatsächliche Gewalt, die er vor der Pfändung hatte; denn vorher besaß er als unmittelbarer Eigenbesitzer, jetzt ist er unmittelbarer Fremdbesitzer im Besitze, den er vom GV. erhalten hat. Und daß Fremdbesitzer in ihrer Stellung stets beschränkt sind (z. B. Mieter, Verwahrer), liegt in der Natur der Sache. Damit darf nicht der unmittelbare Besitz abgelehnt worden. § 137 StGB. ist nur dann zu befürchten, wenn der Sch. die Schranken seiner Verfügungsbefugnis überschreitet. So nimmt auch die herrschende Lehre im Einklang mit der Rechtsprechung an, daß der GV. im Fall des § 808 ZPO. zunächst die Pfandsachen in seinen Besitz nehme, sie aber sofort dem Sch. wieder zu unmittelbaren Fremdbesitz übertrage[41]).

Vereinzelt wird der Sch. als Besitzdiener des GV. angesehen[42]), weil er lediglich zur Verwahrung der Pfandsache verpflichtet sei und im Verhältnis des § 855 BGB. zum GV. stehe. Doch ist es einmal schon zweifelhaft, ob § 855 BGB. gegenüber der öffentlich-rechtlichen Stellung des GV. anwendbar ist, oder § 855 BGB. nur soziale Abhängigkeitsverhältnisse betrifft[43]), und dann kann

---

[38]) And. Ansicht Rosenberg, Zivilprozeß, S. 607, II, 2, weil § 808 Abs. 2 ZPO. diese Befugnis des GV. nicht bestimme. Daraus folgt aber nicht, daß die Befugnis fehlt; vielmehr ist sie in der Ausübung der Vollstreckungsgewalt begründet.

[39]) Vogt, S. 39.

[40]) Rosenberg, Sachenrecht, S. 119.

[41]) Emmerich, S. 13; Planck III, § 868, 2b, S. 84; Stein, § 808, IV, S. 683; Förster-Kann, § 808, Bem. 5, S. 633; Seuffert, § 808, Bem. 3f., S. 494; RG. 94, 341; 105, 415; OLG. Jena in Rspr. 2, 267; OLG. Hamburg, Rspr. 13, 201.

[42]) Petersen-Anger, § 808, II, 7, S. 443.

[43]) Rosenberg, Sachenrecht, S. 119.

man gerade aus der Verwahrungspflicht das Gegenteil beweisen, den unmittelbaren Besitz.

Durch die Besitzergreifung des GV. sind entsprechend dem § 808 Abs. 1 ZPO. die Besitzverhältnisse das Gl. und Sch. eingetreten. Sieht man zunächst von der Rückübertragung des Besitzes an den Sch. ab, so ist die Besitzlage folgende: Der GV. ist unmittelbarer Besitzer, der Gl. ist erststufiger mittelbarer Besitzer, der Sch. ist zweistufiger mittelbarer Besitzer. Durch die Rückübertragung des Besitzes an den Sch. tritt der mittelbare Besitz je eine Stufe zurück, weil als erststufiger mittelbarer Besitzer der GV. auftritt[44]). Der Sch. ist jetzt mittelbarer Eigenbesitzer und unmittelbarer Fremdbesitzer. Das scheinbar Widersinnige in dieser Konstruktion ist erträglich, wenn man sich den gleichgelagerten Fall vergegenwärtigt, daß der Eigentümer einer Sache diese von einem ihm gegenüber dinglich Berechtigten zu Besitz erhält, wenn z. B. der Eigentümer einer Sache diese vom Nießbraucher pachtet (vgl. auch den Fall des § 1052 Abs. 2, Satz 2 BGB.)[45]). Der GV. ist mittelbarer Besitzer, denn durch die Rückübertragung ist der Besitz nicht aufgegeben, sondern qualitativ verändert worden. Hinter ihm steht der Gl. als mittelbarer Besitzer in zweiter Stufe, der Sch. ist drittstufiger Eigenbesitzer und gleichzeitig unmittelbarer Fremdbesitzer[46]).

Diese Besitzlage ist für den Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers erheblich, denn aus ihr ist sein ihm nach dem Gesetz zustehender Besitz und damit auch ein entsprechendes Recht zum Besitz zu entnehmen. Es muß jeweils geprüft werden, ob der Pfändungspfandgläubiger bei der Geltendmachung des Anspruchs sich in einer Besitzlage befindet, die schlechter ist, als sie ihm zukommt; andernfalls kann von einer Beeinträchtigung (§ 1227 BGB.) keine Rede sein. Ist bei der Pfändung nach § 808 Abs. 1 ZPO. verfahren worden, so muß der Pfändungspfandgläubiger zur Klagebegründung darlegen, daß er entweder mit dem gegenwärtigen Besitzer in keinem Besitzverhältnis steht oder daß er mittelbarer Besitzer zweiter oder weiterer Stufe ist; im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. muß er darlegen, daß er entweder in keinem Besitzverhältnis zum Besitzer steht oder mittelbarer Besitzer in dritter oder weiterer Stufe ist.

Somit ist eine Beeinträchtigung des rechtlich geschützten Besitzes nicht vorhanden, wenn der GV. sich im Besitze der Pfand-

[44]) Vgl. Vogt, S. 40.

[45]) Planck, § 868, Bem. 2b, S. 84; Wolff, Sachenrecht, S. 26, II.

[46]) Diese Besitzverhältnisse nehmen an: Planck, § 868, 2b, S. 83/4, der nebenbei auf eine andere Auffassung des § 808, Abs. 2 ZPO. hinweist: Es sei denkbar, daß der Sch. in den Fällen des § 808 ZPO. unmittelbarer Eigenbesitzer bleibe, beschränkt nur durch die in der Pfändung liegende Beschlagnahme. Diese Auffassung scheitert aber an § 808 Abs. 1 ZPO.; Seuffert, § 808, Bem. 3 ff. S. 494; Förster-Kann, § 808, Bem. 5, S. 633; RG. 94, 341; 105, 415; Stein, § 808, Bem. IV, S. 683.

sache befindet; denn dann ist der Gl. stets erststufiger mittelbarer Besitzer und eine bessere Besitzstellung kommt ihm nach § 808 ZPO. nicht zu. Durch den unmittelbaren Besitz des Sch. wird der Besitz des Gl. nur dann verschlechtert (d. i. beeinträchtigt), wenn die Pfändung nach Abs. 1 § 808 ZPO. vorgenommen ist; denn dann wird der Gl. (soweit überhaupt noch Besitzverhältnisse zu ihm bestehen) um mindestens eine Stufe in seinem mittelbaren Besitz zurückgedrängt. Hat ein Vierter (weder GV. noch Gl. noch Sch.) die Sache in Besitz, so ist damit eine Besitzverschlechterung in der ganzen Staffel der Besitzer (Sch., GV., Gl.) verbunden; in diesem Falle ist also immer eine Beeinträchtigung vorhanden und die Klagbefugnis des Pfändungspfandgläubigers gegeben. Keinesfalls tritt eine Besitzänderung ein, wenn für den vom Gesetz dazu bestimmten unmittelbaren Besitzer ein Besitzdiener (§ 855 BGB.) die Sache in Gewahrsam hat, in diesem Falle ist der Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers niemals gegeben. Befindet sich die Sache im Besitze eines Pfandgläubigers (eines Vierten), so ist es zweifelhaft, ob zwischen Pfändungspfandgläubiger und Pfandgläubiger ein derartiges Verhältnis besteht, daß der Pfändungspfandgläubiger mittelbarer Besitzer erster Stufe ist (§ 868 BGB.), also sich in der bestmöglichen Besitzstellung befindet. So wird angenommen, daß der jeweils besitzende Pfandgläubiger allen anderen Pfandgläubigern gegenüber zur Verwahrung verpflichtet sei, und das ergebe ein Verhältnis der in § 868 BGB. zulässigen Art[47]). Die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers besteht grundsätzlich aus dem Verpfändungsvertrage (§ 1215 BGB.), das entsprechende Besitzmittlerverhältnis besteht daher zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, bei gesetzlichen Pfandrechten zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer (§ 1257 BGB.); niemals besteht etwa eine Verwahrungspflicht gegenüber einem Pfandgläubiger[48]) und aus diesem Grunde entsteht kein Besitzverhältnis zwischen Pfändungspfandgläubiger und Pfandgläubiger. Gegen den Pfandgläubiger ist der Anspruch auf Herausgabe immer gegeben[49]).

c) Die entsprechende Anwendung des § 985 BGB.

Soweit § 1227 BGB. selbst Voraussetzungen für den Herausgabeanspruch aufstellt, sind diese typisch pfandrechtlicher Art. Deshalb hat es seinen guten Sinn, daß nur diese als besondere Eigenart des pfandrechtlichen Herausgabeanspruchs in § 1227 BGB. aufgeführt werden. Mit diesen Eigenarten ist die Besonderheit des Pfandrechts erschöpft. Was sonst noch für den Herausgabeanspruch notwendig ist, ist etwas allgemein den dinglichen Rechten Eigentümliches, und das noch besonders in § 1227 BGB. aufzuführen, würde zwar eine Erleichterung für die formale Rechtsan-

[47]) Emmerich, S. 153.

[48]) Hier kann keine schuldrechtliche Verpflichtung verletzt werden; gegebenenfalls ist § 823 BGB. anwendbar.

[49]) Etwa vorhandene Gegenrechte haben auf den Anspruch als solchen keinen Einfluß, § 986 BGB. Vgl. unten.

wendung sein, wäre aber gesetzestechnisch überflüssig. Die Verweisung in § 122 7auf § 985 BGB. hat neben der Kürzung des Gesetzesumfangs noch die Folge, daß in der Behandlung des Herausgabeanspruchs derjenige, der das Recht anzuwenden hat, sich bewußt oder gefühlsmäßig darüber klar ist, daß der Pfandgläubiger im Prozesse als dinglich Berechtigter auftritt und auf ihn das Recht anzuwenden ist, das als Regel für den Eigentümer gegeben ist[50]).

Es wäre verfehlt, wollte man nach Prüfung der besonderen Voraussetzungen in § 1227 BGB. sich lediglich an die Verweisung auf § 985 halten und ohne weiteres von da ab auf den bekannten Geleisen des Eigentumsherausgabeanspruchs fahren. Nicht das gebietet § 1227 BGB., sondern eine Anwendung des § 985, die erst für den Pfandgläubiger passend gemacht ist. Man kann den beschränkt dinglich Berechtigten nicht in den Fußstapfen des Eigentümers wandeln lassen, denn er würde niemals in ihnen zum Ziele gelangen, weil sein eigenes Recht den Fortschritt hemmen würde. Der Pfandgläubiger soll auf seine eigene Manier den Weg gehen[51]), der für das Eigentum als Stammrecht gegeben ist und dem Pfandrecht eine besondere Gangmöglichkeit bietet. Der Weg ist das Mittel, um zum Ziel zu gelangen, im Recht als Rechtsverfolgungsmittel bezeichnet. Diese Mittel stehen dem Pfandgläubiger zur Verfügung, der rechtliche Grund, der ihm das Ziel zubilligt, ist sein eigener, das Pfandrecht, nicht ein geliehener, das Eigentum.

Der Beklagte kann sich nicht gegen die Rechtsverfolgungsmittel wenden; denn die gibt das Gesetz, und sie sind unveränderlich. Der Angriffspunkt des Beklagten ist der Grund, den der Kläger für sein Ziel hat, denn dieser ist durch persönliche Handlung seines Inhabers entstanden und somit nicht lex indelebilis, sondern gegnerischen Angriffen zugänglich. Will der Beklagte sich verteidigen, so muß er seine Einwendungen gegen das Pfandrecht, seine Einreden gegen den Inhaber des Pfandrechts richten. Das, was der Beklagte möglicherweise gegen den Eigentümer vorbringen könnte, hat keinen Gegner, denn der Eigentümer steht nicht im Prozeß.

In Heranziehung der aus § 1227 BGB. entnommenen Voraussetzungen lautet § 985 BGB. in der erforderlichen entsprechenden Anwendung: Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so kann er von dem Besitzer Herausgabe der Sache verlangen.

---

[50]) Es ist deshalb nicht richtig, daß Verweisungen ein Gesetzbuch unübersichtlich machen. Das Gegenteil ist der Fall, wenn inhaltlich gleichen Rechten dieselbe actio generalis gegeben wird. Die Vorwürfe, die in dieser Beziehung dem I. Entw. des BGB. gemacht wurden, sind m. E. unberechtigt.

[51]) Das Gleichnis mit einem Wege, der auf verschiedene Art zu passieren ist, scheint für diesen Fall geeignet; daher sei der deduktiven Methode ausnahmsweise mit induktiven Mitteln geholfen.

d) Die Voraussetzungen des § 985 BGB.

Der Klagegrund ist zu § 1227 BGB. behandelt, somit kann es sich bei besonderen Voraussetzungen des § 985 BGB. nur um die formellen Voraussetzungen handeln, die allgemein für die Verfolgung dinglicher Rechte auf dem Wege des § 985 BGB. gelten. Diese sind Nichtbesitz des Klägers und Besitz des Beklagten[52]). Der Sinn dieser Voraussetzungen ist der, daß der Kläger zur Aktivlegitimation den Mangel dessen, was er fordert, beweisen soll; das ist bei der Vindikation das Fehlen des unmittelbaren Besitzes. Wendet man den Grundsatz, daß der Kläger nicht schon das haben darf, was er vom Beklagten verlangt, auf die Klage in § 1227 BGB. an, so ergibt sich hier als Nichtbesitz: Der Kläger darf nicht in der Besitzlage, die ihm nach § 808 ZPO. zusteht, oder in einer besseren Besitzlage sein. Es ergibt sich also überraschenderweise, daß man in entsprechender Anwendung des § 985 BGB. ein Tatbestandsmerkmal findet, das schon in § 1227 BGB. durch das Erfordernis der Beeinträchtigung vorhanden ist. Daraus darf jedoch nicht auf eine Hemmung des Pfandrechts im Prozeß durch etwaige sonst vorhandene Eigentumsbeschränkungen geschlossen werden, indem man sagt, es liege im Prozeß zwischen Pfandrecht und Eigentum qualitative Gleichheit vor. Vielmehr handelt es sich bei dieser Erscheinung gleichartiger Tatbestandsmerkmale um den in Einzelfällen hervortretenden Grundsatz der kraft Gesetzes vorhandenen begrifflichen Beschränkung der dinglichen Rechte. So ist es bei diesen Rechten, wenn es sich um ihre Durchführung im Prozeß handelt, immer Voraussetzung, daß der Kläger eine tatsächliche Behinderung in der Möglichkeit der Ausübung seines Rechtes darlegt[53]). Man kann aber nicht sagen, daß diese Erscheinung eines zweimal ausgedrückten Tatbestandes unerklärlich ist. Zwar ist es für den Kenner der dinglichen Rechte scheinbar überflüssig, ihm noch besonders die Dinglichkeit durch das Gesetz vor Augen zu führen. Dabei wird aber nicht bedacht, daß man in diesem Falle die Entscheidung nach eigenem Wissen und nicht infolge der Orientierung durch das Gesetz macht. Die sowohl in § 1227 BGB. als auch in § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. besonders hervorgehobenen Grenzen in der gerichtlichen Ausübung dinglicher Rechte ist nichts anderes als die gesetzliche Grundlage für die Dinglichkeit der Rechte. Der Begriff der Dinglichkeit ist heute kein gewohnheitsrechtlicher, sondern ein gesetzlicher.

Auf Seite des Beklagten wird für die Vindikation Besitz verlangt, eben deshalb, weil von niemandem etwas verlangt werden

---

[52]) Staudinger III, 1, § 985, Bem. II, 1, S. 582 und Bem. 2, II, S. 583; Planck, III, S. 985, Bem. 1, S. 476 und 1b, S. 478; Warneyer II, § 985, Bem. I und II, S. 195; RGR. Komm. III, § 985, Note 1 u. 2, S. 307; Sörgel II, § 985, Note 2, S. 121; Wolff, Sachenrecht, S. 264, I, S. 265, II.

[53]) Im Grunde handelt es sich um den alten Unterschied zwischen dinglichen und Forderungsrechten.

kann, was auszuführen ihm nicht möglich ist. Verlangt der Kläger Herausgabe an sich selbst (§ 985) oder an seinen Besitzmittler (§ 986 Abs. 1 Satz 2), so ist das nur möglich, wenn der Beklagte die Sache derart beherrscht, (Besitz), daß er dem Kläger zu der geforderten Besitzstellung verhelfen kann. Dies auf den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers angewandt, ergibt sich: Auf Seite des Beklagten muß ein solcher Besitz vorliegen, daß er den Kläger in eine solche Besitzstellung bringen kann, die diesen von der Beeinträchtigung befreit, § 1227 BGB. Ist der Beklagte unmittelbarer Besitzer, so liegt es in seiner Hand, jede mögliche Besitzstellung herbeizuführen, also auch den Pfändungspfandgläubiger zum mittelbaren Besitzer zu machen. Ist der Beklagte mittelbarer Besitzer, so ist er nur dann passiv legitimiert, wenn er in der Lage ist, den Kläger zum mittelbaren Besitzer zu machen. Der mittelbare Besitz des Klägers ist derart herzustellen, daß er in die ihm nach § 808 ZPO. zustehende Besitzlage kommt. Es ist nicht der erststufige bezw. zweitstufige mittelbare Besitz genereller Art, vielmehr ist der mittelbare Besitz so herzustellen, daß der GV. Besitzmittler des Gl. wird, nur dann ist der Besitz ein speziell gesicherter, wie ihn der Pfändungspfandgläubiger verlangen kann. Der Beklagte ist also nicht seiner Pflicht ledig, wenn er als mittelbarer Besitzer den Gläubiger zum mittelbaren Besitzer in Besitzvermittlung durch einen beliebigen Dritten macht; insofern muß § 870 BGB. als ausgeschlossen gelten. Wenn der Beklagte mittelbarer Besitzer ist, ist er nur dann passiv legitimiert, wenn er den Pfändungspfandgläubiger zum mittelbaren Besitzer in Besitzvermittlung durch den GV. machen kann. — Gegen denjenigen, der sich als Besitzer geriert, ohne Besitzer zu sein oder gewesen zu sein (qui liti se optulit), gibt es keine Vindikation. Für den Fall, daß jemand sich böswillig des Besitzes entschlagen hat, (qui dolo desiit possidere), enthält § 989 BGB. eine Sonderbestimmung.

Es ist streitig, ob in § 985 außer dem dinglichen Recht und der dargelegten Besitzlage noch eine besondere Verletzung des Rechts[54]) gefordert werden müsse[55]). Dafür bietet das Gesetz durchaus keinen Anhalt und auch durch eine Deduktion aus dem Begriffe und dem Zweck des Anspruchs läßt sich derartiges nicht herleiten. Außerdem ist das Erfordernis der besonderen Rechtsverletzung etwas zu Allgemeines, das für die praktische Rechtsanwendung durchaus nicht geeignet ist, sondern nur Unklarheit in die an sich klaren Grenzen der dinglichen Rechte bringt. In den Tatbestand des § 985 BGB. gehört keine Rechtsverletzung[56]).

[54]) Das würde noch über das Erfordernis der Beeinträchtigung (§ 1227 BGB.) hinausgehen.

[55]) So scheinbar Oertmann, S. 160, indem er das Nichtvorliegen des Tatbestandes des § 986 BGB. als Voraussetzung des Herausgabeanspruchs anführt.

[56]) So herrschende Lehre. U. A. Staudinger III, 1, § 985, II, 2 u. 1, S. 582, 583; Warneyer II, § 985, Bem. I und II, S.194/95.

Allerdings kann der Beklagte sich wehren, wenn er ohne Verletzung des klägerischen Rechts den Besitz erlangt hat, indem er von seinem Einrederecht (§ 986 BGB.) Gebrauch macht. Die Nichtverletzung ist nicht anspruchsvernichtend, sondern einredebegründend.

e) Der Erfolg der begründeten Klage.

Der klagende Pfandgläubiger verlangt die Herstellung eines Besitzverhältnisses. Dieses Verlangen bedarf näherer Betrachtung. Nach einer Ansicht[57]) ist der Beklagte zur Duldung verpflichtet, also zur Gestattung der Wegnahme, nach anderer Ansicht[58]) zu positiver Leistung, d. h. Uebertragung des Besitzes. Die erste Ansicht stützt sich hauptsächlich auf die Konstruktion von Fällen, bei denen die Verpflichtung zu positiver Leistung für den Beklagten wirklich unbillig erscheint. Die zweite Ansicht findet ihre Begründung in der Pflicht des Beklagten auf Erfüllung eines Anspruchs, das sei eine positive Verpflichtung und verpflichte zum Handeln, nicht zur Duldung. Die ganze Frage hat von Lehmann[59]) eine jede Gegenmeinung ausschließende Untersuchung erfahren mit dem Ergebnis, daß der Beklagte zur Besitzübertragung verpflichtet ist. Der Hauptgrund für dieses Ergebnis liegt in der Gegenüberstellung der §§ 985, 1007, 1017 Abs. 2, 1065, 1227 und der §§ 1004, 1017 Abs. 2, 1027, 1090, 1227 BGB. Hier hat das BGB. die vindikatorischen Ansprüche auf Herausgabe der Sache und den Besitzanspruch als selbständige Ansprüche neben die negatorischen Ansprüche und die Ansprüche auf Duldung der Wegnahme gestellt. Hat das BGB. in der einen Gruppe die Pflicht ausdrücklich als Duldungspflicht bezeichnet, so folgt daraus für die andere Gruppe, bei deren Tatbestand von einer Duldung nichts verlautet, daß es sich bei ihr um eine Verpflichtung zu positiver Leistung handelt, die allerdings als besonders intensive Duldungspflicht ausgestaltet ist[60]). Ein weiterer Grund für die Richtigkeit dieser Ansicht liegt in folgendem[61]): Zwischen der Durchführung dinglicher Ansprüche und persönlicher Ansprüche des BGB. besteht kein Unterschied, beide sind Verbindlichkeiten, auf die die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden; daraus ergibt sich regelmäßig eine Verpflichtung zu positiver Leistung. — Die positive Leistung kann in einem Handeln rechtsgeschäftlicher und tatsächlicher Art bestehen. Bei dem hier behandelten Anspruch wird es sich immer um einen rechtsgeschäftlichen Akt handeln, weil der Beklagte eine Besitzübertragung vorzunehmen hat. Keinesfalls muß der Beklagte an den Pfändungspfandgläubiger den Besitz über-

[57]) RGR. Komm. III, § 985, Note 3, S. 307.
[58]) Hellwig, Anspruch, S. 30; Lehmann, Unterlassung, S. 28; Warneyer II, § 985, Bem. III, S. 196; Planck III, Bem. 2a, S. 481.
[59]) Lehmann, Unterlassung, S. 28 ff.
[60]) Lehmann, S. 28.
[61]) Hellwig, Anspruch, S. 30.

tragen, denn dieser hat kein Recht auf unmittelbaren Besitz (§ 808 ZPO.). Es ist ein Grundsatz des bürgerlichen Rechts, daß derjenige, der durch Veränderung seiner rechtlich geschützten Stellung einen Anspruch erlangt, grundsätzlich damit nicht mehr bekommen soll, als ihm vor der Veränderung zustand. Für einen Fall bestimmt dies das BGB. ausdrücklich in § 986 Abs. 1 Satz 2; damit ist nicht dem Beklagten eine Einrede gegeben, sondern § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthält die gesetzlichen Voraussetzungen des Anspruchs[62]), die Stellung der Vorschrift zwischen den Einreden des Beklagten hat seinen Grund in der Gesetzestechnik des BGB. Im Schuldrecht besteht die Regel, daß derjenige, der Unrecht leidet, daraus keinen Vorteil ziehen soll, § 249 BGB.). Im Sachenrecht besteht diese allgemeine Vorschrift nicht. Der Grundsatz des § 249 BGB. kehrt aber in Einzelvorschriften wieder (§§ 1004, 1027, 861, 862. 869 BGB.). Aus diesem Gesichtspunkte ist als Zweck und Erfolg des § 985 BGB. die dingliche Naturalrestitution anzusehen[63]). So gesehen ist § 986 Abs. 1 Satz 2 eine Notwendigkeit.

Für die Pflicht des Beklagten ist entscheidend, ob die Pfändung nach § 808 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO. erfolgt ist. Im Falle des Abs. 1 hat er den GV. zum unmittelbaren Besitzer zu machen, auf andere Weise kann der rechte mittelbare Besitz des Pfändungspfandgläubigers nicht wiederhergestellt werden, § 870 BGB. ist nicht anwendbar (vgl. oben S. 18). Ist die Pfändung nach § 808 Abs. 2 ZPO. vorgenommen worden, so ist der Sch. wieder in den Besitz der Pfandsache zu setzen. Nur so kann die vorherige Lage wieder hergestellt werden, einen anderen Erfolg darf § 985 BGB. nicht haben. Mandry-Geib und Hellwig[64]) vertreten die Meinung, daß der Pfändungspfandgläubiger nur Rückgabe an den GV. verlangen kann. Das ist richtig für den Fall § 808 Abs. 1 ZPO., dagegen tritt in Abs. 2 an die Stelle des GV. der Sch. Wäre die angeführte Ansicht auch für Abs. 2 zutreffend, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß ein Besitzverhältnis, das kraft staatlicher Gewalt geschaffen ist, durch das Handeln eines an dem Verhältnis Unbeteiligten durch ein anderes Verhältnis ersetzt werden könnte; denn bei Durchführung der Ansicht unter Note 64) würde auch im Falle des Abs. 2 des § 808 ZPO. das Besitzverhältnis bestehen, das für den Abs. 1 vorgeschrieben ist. Daran zeigt sich, daß die Ansicht unhaltbar ist.

f) Die Anwendung des § 1007 BGB. auf den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers.

Gegen die Anwendung des § 1007 BGB. könnten Bedenken entstehen. § 1227 BGB. verweist auf die Vorschriften, die für die

[62]) Scherk, S. 317; Planck III, § 986, Bem. 1b, S. 485.

[63]) Damit ist nicht gesagt, § 985 gebe einen Schadensersatzanspruch, denn der ist dem Sachenrecht fremd und mit dem Begriff der Dinglichkeit unvereinbar.

[64]) Mandry-Geib, S. 397, IV. 1; Hellwig, System, S. 246, Note 21.

Ansprüche aus dem Eigentume gelten. Nun enthält § 1007 BGB. keinen Anspruch aus dem Eigentum, sondern aus dem Besitz, es ist die Klage aus früherem Besitz[65]), eine aus dem germanischen Recht stammende Klage, die mit der actio publiciana des römischen Rechts nur das gemeinsam hat, daß letztere als Klage des Ersitzungsbesitzers[66]) unter erstere fallen könnte. Jedoch folgt aus der Natur der Besitzklage nicht die Unanwendbarkeit auf den Anspruch des Pfandgläubigers, sondern da mit der Stellung des Pfandgläubigers sich eine Besitzstellung verbindet, die vom Gesetz geschützt ist, steht dem Pfändungspfandgläubiger die Vorschrift des § 1007 BGB. zur Seite[67]). Ferner ist die Verweisung in § 1227 BGB. nicht materiell-rechtlich zu verstehen, sondern rein technisch auf die Ansprüche zu beziehen, die das BGB. als solche im vierten Titel des III. Abschnittes im 3. Buche aufführt.

§ 1007 ist durch die Voraussetzung des § 1227 zu ergänzen. Die Beeinträchtigung in der Besitzstellung ist leicht in den Tatbestand des § 1007 BGB. einzufügen, denn in beiden Vorschriften bildet der Besitz das Tatbestandsobjekt und in der Durchführung kommt es darauf hinaus, daß die Beeinträchtigung in § 1227 eine Einschränkung des Tatbestandes in § 1007 bewirkt. Für die Erklärung, was unter Beeinträchtigung zu verstehen ist, gilt das schon früher Gesagte.

Infolge der Technik des BGB., die Beweislast in der Formulierung des Anspruchs erkennen zu lassen, ist § 1007 unklar gefaßt. Daher ist, ehe die Anwendung auf den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers versucht wird, eine Umformung des Gesetzestextes notwendig. Nach Zerlegung in seine Bestandteile sieht der Anspruch folgendermaßen aus[68]): Aus § 1007 BGB. kann geklagt werden, wenn der Kläger früherer Besitzer war und der Beklagte gegenwärtiger Besitzer ist und entweder der Beklagte den Besitz bösgläubig erworben hatte oder der Kläger den Besitz unfreiwillig verloren hatte. Dagegen kann der Beklagte sich darauf berufen: 1.) Der frühere Besitzer sei bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben gewesen, 2.) er sei nach § 986 BGB. zum Besitz berechtigt, 3.) wenn der Anspruch auf bösgläubigen Besitzerwerb gestützt wird, der frühere Besitzer habe den Besitz freiwillig aufgegeben. Die Einrede des Eigentums fällt begrifflich nicht unter die besonderen Einreden des § 1007,

---

[65]) Staudinger III, 1, § 1007, S. 634; Planck III, § 1007, Bem. I, S. 530; Sörgel II, § 1007, S. 139; Cosack, S. 53.

[66]) Sohm, S. 320.

[67]) Aus diesem Grunde wird § 1007 von den Meisten auf den Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers für anwendbar erklärt; Endemann, S. 917, Note 2.

[68]) Staudinger III, 1, § 1007, Bem. I, 1, S. 634; Planck III, § 1007, Bem. 2, S. 531; Warneyer II, § 1007, Bem. 1 u. 2, S. 218; RGR. Komm. III, § 1007, Note 1, S. 340; Cosack, S. 53; Wolff. Sachenrecht, S. 58/9; Gierke, Fährnisbesitz, S. 50 ff.

sondern unter den in § 1007 angezogenen § 986 BGB. So lautet die dem § 1007 BGB. im RGR.Komm.[69]) gegebene Formulierung: „Der frühere Besitzer einer beweglichen Sache kann von demjenigen, der den Besitz in bösem Glauben erworben hat, die Herausgabe verlangen, sofern er nicht den Besitz aufgegeben hat. Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und ist ihm die Sache abhanden gekommen, so kann er sie auch von einem gutgläubigen Besitzer herausverlangen, es sei denn, daß sie diesem vor seiner eigenen Besitzzeit abhanden gekommen war. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer beim Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war. Die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 finden entsprechende Anwendung." Die Klage gibt es nicht nur für den, der früher unmittelbarer Besitzer gewesen ist, sondern auch derjenige, der früher mittelbarer Besitzer war und seinen mittelbaren Besitz verloren hat oder in ihm eine stufenweise Verschlechterung erlitten hat, kann sich des Anspruchs aus § 1007 BGB. bedienen[70]). Denn wenn das BGB. von Besitz spricht, so sind damit, soweit nicht gleichzeitig eine Einschränkung gemacht wird, alle möglichen Arten des Besitzes gemeint (vgl. § 868 BGB.). Es wäre auch eine unbegründete Unterscheidung, wollte man dem unmittelbaren Besitzer Mittel in die Hand geben, die ihm einen Erfolg verschaffen könnten, den er im Grunde seinem Autor, dem mittelbaren Besitzer, verdankt, während der mittelbare Besitzer, der eigentliche Inhaber des Rechts im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer, sich schwerer Beweispflichten entledigen müßte, ehe er zu seinem Recht käme. So könnte der böse Wille des unmittelbaren Besitzers dem mittelbaren Besitzer zum Verhängnis werden. So ist es gerechtfertigt, dem mittelbaren Besitzer die gleichen Rechte zu gewähren, die der unmittelbare Besitzer hat.

Der Pfändungspfandgläubiger erlangt durch § 1007 keinen weitergehenden Anspruch, als ihm an sich zusteht, damit er seine ihm nach § 808 ZPO. zustehende Besitzstellung wieder erlangt. Im Falle des § 808 Abs. 1 ZPO. kann er niemals gegen den GV., im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. niemals gegen den Sch. klagen.

Die Voraussetzungen des § 1007 sind für den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers umzumodeln. Als erstes muß früherer Besitz des Klägers vorliegen; der Pfändungspfandgläubiger muß darlegen, daß er sich früher im mittelbaren Besitz erster Stufe (§ 808 Abs. 1 ZPO.) bezw. mittelbarem Besitz zweiter Stufe (§ 808 Abs. 2 ZPO.) befunden hat. Dazu kommt noch, daß der Pfändungspfandgläubiger sich bei Erhebung des Anspruchs nicht in der Lage befinden darf, die er erst durch Ausübung des Klagerechts erlangen will; das gilt hier ebenso wie bei § 985 BGB. Als Vollendung der Klagebegründung kann der Kläger entweder sich

[69]) III, § 1007, Note 1), S. 340.

[70]) Das nehmen ohne weiteres alle unter Note 68, S. 21 Genannten an.

darauf berufen, daß der Beklagte die Sache in bösem Glauben erworben habe (dies auch bei Geld, vgl. § 803 Abs. 2 ZPO.), oder erklären, daß ihm die Sache abhanden gekommen sei.

Das Erfordernis des schlechtgläubigen Erwerbs ist hier ein besonderes und anderes als im § 932 BGB. Zunächst ist notwendig, daß derjenige, von dem der Beklagte die Sache erhalten hat, nicht zur Uebertragung des Besitzes berechtigt war; nur bei Verfügung eines Nichtberechtigten ist gutgläubiger Erwerb möglich[71]). Hat der Beklagte den Besitz vom GV. bekommen, so hat er ihn nur dann von einem Nichtberechtigten erhalten, wenn der GV. sich nicht im Rahmen der ihm nach § 808 ZPO. zustehenden Befugnisse gehalten hat; ist diesenfalls der Sch. der Beklagte, so hat er immer mit einem Berechtigten paktiert, ist es ein beliebiger Dritter, so muß im Einzelfall untersucht werden, ob nicht die vom GV. vorgenommene Verfügung dem Zweck der Pfändungsvorschriften entspricht, ob etwa die Verfügung notwendig war zur Erhaltung der Pfandsache. Letzterenfalls muß der GV. als verfügungsberechtigt gelten. Hat der Beklagte den Besitz vom Sch. erlangt (abgesehen von dem Fall, daß der Sch. auf Anweisung des GV. gehandelt hat), so hat ihm immer ein Nichtberechtigter den Besitz verschafft, denn der Sch. ist der vom § 808 ZPO. Betroffene und kann nicht berechtigt sein, die ihm auferlegte Last zu erleichtern (§ 137 StGB.). Ein beliebiger Dritter ist immer als Nichtberechtigter anzusehen. Dasselbe gilt von dem Pfändungspfandgläubiger, der durch § 808, § 804 ZPO. zwar eine gesetzliche Sicherheit, aber nicht eine Verfügungsberechtigung erlangt hat; diese liegt in Händen des GV. Als schlechter Glaube darf nicht das Wissen des Beklagten vom Nichteigentum des Verfügenden angesehen werden, sondern (vgl. § 932 BGB.)[72]), da nicht Eigentums-, sondern Besitzerwerb in Frage steht, muß sich der gute Glaube auf die Berechtigung des Verfügenden zur Uebertragung des Besitzes erstrecken. Das ergibt sich daraus, daß in allen Fällen gutgläubigen Erwerbs der gute Glaube sich nicht auf mehr beziehen braucht, als bei wirklicher Verfügungsbefugnis vorhanden sein müßte. Jedoch braucht die Schlechtgläubigkeit des Beklagten nicht eine derart positive zu sein, daß er in seinem Gedankengang den Schlußsatz gezogen hat, er habe einen Nichtberechtigten vor sich. Das wäre die ausgeprägteste Form des schlechten Glaubens. Vielmehr genügt, daß der Beklagte die Tatsachen kannte, die, sofern man nicht grobfahrlässig über sie hinwegsieht, zu dem gedankenmäßigen Schluß führen müssen, daß der Pseudoberechtigte in Wirklichkeit ein Nichtberechtigter ist, § 932 BGB. Die letzte Form des schlechten Glaubens ist die bei weitem häufigere, wenn man nicht die Mehrzahl der Menschen als Schelme ansehen will. Handelt es sich hier um die Pfandsache, so ist alsbesondere schlechten Glauben begründende Tatsache die Pfandmarke vorhanden (§ 808

[71]) Düringer-Hachenburg, II, S. 629, IV.
[72]) Wolff, Sachenrecht, S. 58, I, 1.

Abs. 2 ZPO.). Hat der Beklagte die Pfandmarke zwar gesehen, aber nicht den Schluß gezogen, daß sie das Zeichen einer Verfügungsbeschränkung ist[73]), so muß festgestellt werden, daß er durch das Vorhandensein der Pfandmarke sich hätte durchaus einwandfreie Kenntnis von der Nichtberechtigung verschaffen können, und zwar ist das der Fall, wenn der Beklagte durch die Pfandmarke hätte den Verdacht der Nichtberechtigung bekommen müssen. Unter Verdacht ist ein Zweifel darüber zu verstehen, ob alles an der Sache so in Ordnung ist, daß man in ihrem Besitze sich eines Gefühles der Sicherheit erfreuen kann. Als verdächtiges Anzeichen ist die Pfandmarke immer anzusehen, denn man darf Jedem die Kenntnis der Bedeutung dieser Marke zutrauen, und im Falle der Nichtkenntnis besteht die Möglichkeit, sich Kenntnis darüber zu verschaffen. Der Beklagte kann sich nach der Bedeutung der Pfandmarke erkundigen und wird erfahren, daß es einen Verstrickungsbruch als strafbare Handlung gibt[74]). Im Bewußtsein der Allgemeinheit steht Strafbarkeit, Unerlaubtheit und Nichtberechtigung unter dem Oberbegriff des Nichtdürfens; im Vorhandensein dieses Bewußtseins kann sich Jeder, auch der Leichtsinnigste, eine klare Kenntnis von der Nichtberechtigung des Verfügenden verschaffen. — Ist dagegen keine Pfandmarke vorhanden, so besteht für den Gutgläubigen eine Erwerbsmöglichkeit. Die Pfändung ist nicht ein Staatsakt, der die Pfandsache außerhalb jeden Rechtsverkehrs stellt; sie ist nicht eine res extra commercium geworden, die unter § 134 BGB. fällt. Die Person, auf deren Verfügungsbefugnis sich der gute Glaube beziehen muß, ist diejenige, die nach außen hin als verfügungsberechtigt erscheint. Es ist nicht notwendig, daß dies eine Person ist, die, wenn die Pfändung nicht vorgenommen wäre, wirklich verfügungsberechtigt wäre; auf den vertrauenswürdigen Schein, nicht auf das mögliche Sein kommt es an.

Hat der Beklagte gutgläubig die Sache in seinen Besitz genommen, oder gelingt es dem Pfändungspfandgläubiger nicht, dem Gegner den schlechten Glauben nachzuweisen, so steht als zweite Möglichkeit der Klagebegründung noch der Nachweis des Abhandenkommens offen. Unter Abhandenkommen ist der unfreiwillige Besitzverlust verstanden. Es muß also der Besitz verloren sein, der Pfändungspfandgläubiger muß den Verlust oder die Verschlechterung seiner Besitzstellung behaupten, wie bei allen ihm zu Gebote stehenden Klagen. Der Verlust wird nach der Willensrichtung beurteilt, die der Inhaber des Besitzes bei dem Verlust gehabt hat. Die Willensrichtung kann nicht bei dem

[73]) Die positive Kenntnis der Nichtberechtigung ist dem Beklagten regelmäßig nicht nachzuweisen.

[74]) Man kann überhaupt davon ausgehen, daß in weiten Kreisen des Volkes das Strafgesetz viel bekannter ist, als das Zivilrecht; vielen ist der Unterschied zwischen Straf- und Zivilprozeß garnicht bekannt.

Pfändungspfandgläubiger als dem mittelbaren Besitzer gesucht werden, weil er von dem Verluste im Zeitpunkt, da er geschieht, nichts weiß und naturgemäß keine Willensrichtung zu dieser Tatsache haben konnte. Als Willensträger ist der unmittelbare Besitzer anzusehen, denn nur bei ihm kann eine auf den Verlust des Besitzes bezügliche Willensbildung eintreten. Ob der Besitz unfreiwillig verloren ist, ist im Falle des § 808 Abs. 1 ZPO. an dem GV., im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. an dem Sch. zuermessen.

Eine bedeutende Vereinfachung ergibt sich bei der weiteren Anwendung des § 1007 BGB. Die Einwendung des Beklagten, er sei selbst Eigentümer, kann praktisch nicht vorkommen. Denn ist er wirklich Eigentümer, so ist er entweder Vollstreckungsschuldner, dann kann der Kläger sich des schlechten Glaubens des Beklagten als Klagebegründung bedienen, oder es ist ein beliebiger Anderer, dann ist das Pfandrecht unwirksam, weil eine fremde Sache gepfändet ist[75]), und es fehlt an dem Transformator, der dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, sich der Rechtsbehelfe des bürgerlichen Rechts zu bedienen (§ 804 ZPO.). Der weitere Einwand, ihm (dem Beklagten) sei die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen, ist nur in beschränktem Maße möglich. Bis zur Klage aus § 1007 BGB. und zu dem dagegen vorgebrachten Einwand des früheren Abhandenkommens kann es nur kommen, wenn der Vollstreckungsschuldner Eigentümer ist, andernfalls besteht kein Pfandrecht des Gläubigers usw. Ein früheres Abhandenkommen kann nur dann vorliegen, wenn der Vollstrekkungsschuldner in der Zeit vor der Pfändung einem anderen den Besitz überlassen hatte und ihm noch vor der Pfändung den Besitz wieder entzogen hatte. Denn entweder kann eine Sache im Gewahrsam eines zur Herausgabe bereiten Dritten gepfändet werden (§ 809 ZPO.), dann ist sie ihm nicht abhanden gekommen, oder die Sache muß sich im Gewahrsam des Sch. befinden, dann hat dieser sie, wenn ein früheres Abhandenkommen vorliegen soll, dem Anderen entzogen. Der Einwand ist also nur im letzten Falle möglich, dieser Fall bildet eine strafbare Handlung (§ 289 StGB.) und mit dieser Feststellung darf man den Fall als relativ selten bezeichnen. Der Ausschluß des Anspruchs durch Abs. 3 des § 1007 BGB. ist für den hier behandelten Fall nicht möglich; denn für etwaigen schlechten Glauben des Pfändungspfandgläubigers fehlt es an einem möglichen Objekt und eine Aufgabe des mittelbaren Besitzes ist nur möglich durch Aufgabe des ihn begründenden Verhältnisses (§ 868 BGB.), also durch Aufgabe des Pfandrechts; dann aber feht es von vornherein am Pfandrecht (§ 804 ZPO.) und an der Klagbefugnis. Die möglichen Einreden

---

[75]) Diejenigen, die aus diesem Grunde das Pfandrecht nicht für unwirksam halten, können doch nicht den Einwand des Eigentums zulassen, sondern sind auf § 771 ZPO. angewiesen. Und dafür ein neuer Prozeß!

des Beklagten (§ 1007 Abs. 3 BGB.) fallen unter die Gegenrechte und werden bei ihrer Behandlung erledigt werden.

Der Erfolg der Klage, d. h. die Leistung, zu welcher der Beklagte verurteilt wird, ist derselbe wie bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Grund des § 985 BGB. Dafür gilt das in dem darüber handelnden Abschnitt der Arbeit Gesagte (III. Teil e, S. 19 ff.).

g) Die ausserdem für den Anspruch in Frage kommenden Vorschriften.

Derjenige, der ein Recht hat, kann dieses auf dem Wege geltend machen, der ihm dafür geeignet scheint. Das BGB. hat die grundlegenden Ansprüche in einem allgemeinen Aktionensystem formuliert. Dabei ergibt sich regelmäßig, daß für jedes Recht ein primärer Anspruch vorhanden ist. Daraus folgt aber nicht eine Beschränkung des Gläubigers auf diese Art der Geltendmachung, vielmehr kann er, wenn sein Recht eine solche Vielgestaltigkeit aufweist, daß der Anspruch nach verschiedenen Vorschriften begründet werden kann, nach Belieben die ihm am geeignetsten scheinende Seite seines Rechtes zur Herbeiführung des gewollten Erfolges benutzen[76]). Ob der Beklagte sich dadurch schlechter stellen lassen muß, ist eine andere Frage; fast immer wird der Vielseitigkeit des klägerischen Rechts auf Seiten des Beklagten ein Gegenmittel zu geben sein, und wenn ein solches nicht ausdrücklich vom Gesetz bei dem jeweils geltendgemachten Anspruch bestimmt ist, ist es notfalls aus der Bestimmung herauszunehmen, die ein solches gegen den primären Anspruch gibt. Näheres im Teil der Gegenrechte.

Etwas anderes ist es, ob die (prozessuale) Frage der Klageänderung auftauchen kann (§ 268 ZPO.). In dieser Beziehung hat sich eine feste Spruchpraxis gebildet: Klageänderung folgt aus dem Verlangen nach anderer Leistung oder dem Vorbringen eines anderen Klaggrundes. Wenn der Kläger in allen Fällen Herausgabe der Pfandsache verlangt, so wird keine andere Leistung verlangt. Der Klagegrund besteht in der Summe der Tatsachen, auf die der Kläger seinen Anspruch stützt. Hat er von Anfang an einen bestimmten Tatsachenkomplex zur Verhandlung gestellt und an diesen Tatsachen nichts mehr verändert, so ist kein anderer Klagegrund vorgebracht. Die rechtliche Würdigung des Tatbestandes steht überhaupt nicht zur Disposition des Klägers und kann für ihn auch keine Klageänderung begründen.

Als nächste anspruchbegründende Vorschrift kommt § 869 BGB. in Frage. Als mittelbarer Besitzer genießt der Pfändungspfandgläubiger beschränkten Besitzschutz und zwar dadurch beschränkt, daß das einem Anderen widerfahrene Unrecht ihm als Klagegrund dient. Voraussetzung ist, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wurde, d. h., daß dem

[76]) Staudinger II, 3, Vorbem. IIIa zu § 823, S. 1794.

unmittelbaren Besitzer der Besitz ohne seinen Willen entzogen worden ist, § 858 BGB. Im Falle des § 808 Abs. 1 ZPO. wird das nur möglich sein, wenn dem GV. die Sachen gestohlen werden. Im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. kommt es auf den Willen des Sch. an. Ist diesem die Sache tatsächlich[77]) gegen seinen Willen entzogen worden, so kann der Pfändungspfandgläubiger nach § 861 BGB. die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen; der Ausdruck „Wiedereinräumung" deutet darauf hin, daß der Beklagte entweder an den GV. oder an den Sch. den Besitz zurückübertragen muß (§ 808 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO.; § 869 Satz 2 BGB.). Der Ausschluß des Anspruchs nach § 861 Abs. 2 BGB. ist nur in demselben beschränkten Maße möglich, wie der Einwand des früheren Abhandenkommens (§ 1007 Abs. 2 BGB., vgl. oben S. 24) zulässig ist.

Weiterhin bestehen noch die allgemeinen Ansprüche aus § 812 und § 823 BGB. § 812 setzt voraus, daß der Beklagte etwas erlangt hat, „die Gesamtheit alles Erlangten muß sich bei Berücksichtigung aller dafür aufgegebenen Werte und darauf ruhenden Lasten als ein Vermögensvorteil, als eine Bereicherung darstellen"[78]). Es ist also nicht allein die Vermögensseite dahin zu betrachten, was der Beklagte erlangt hat, auch die damit im Zusammenhang stehenden Ausgaben und Lasten sind bei der Beurteilung derart zu berücksichtigen, daß die Nachteile von den Vorteilen abgezogen werden. Ist der Beklagte im Besitze der Pfandsache, so steht zunächst fest, daß er den Besitz erlangt hat. Der Besitz als solcher ist ein Vermögensvorteil, denn mit dem Besitz ist eine Gewalt über die Sache verbunden, die einen Gebrauch der Sache ermöglicht, ohne daß der Besitzer Inhaber eines Rechtes ist. So gesehen, ist der Besitz, wie er im deutschen Recht das Kleid des Rechtes war, im heutigen Recht ein Ersatz für das Recht und sicherlich ein Vorteil, der dem vollen Recht nahekommt, ein Vermögensvorteil[79]). Dem Erlangen auf der einen Seite entspricht das Verlieren auf der anderen Seite. Der Beklagte muß den Besitz auf Kosten des Klägers erlangt haben. Der Tatbestand des § 812 hat seine Schwächen in der allgemeingehaltenen Fassung. Das Gesetz versteht unter „Kosten eines Anderen" ein vermögensrechtliches, in gewissem Sinne kontradiktorisches Verhältnis; der Bereicherung auf Seiten des Beklagten muß die Vermögensminderung auf Seiten des Klägers im Grunde entsprechen. Das trifft für den Pfändungspfandgläubiger nie zu. Ihm geht der mittelbare Besitz verloren, der Beklagte hat den unmittelbaren Besitz erlangt; das ist nichts Entsprechendes. Man kann auch nicht an-

---

[77]) Hier wird es sich aber fast immer um ein Delikt des § 137 StGB. handeln, an dem der Sch. beteiligt ist.

[78]) Enneccerus I, 2, S. 614; Warneyer I, § 812, Bem. 2, S. 1277; Planck II, 2, § 812, Bem. 2a, b, S. 1623.

[79]) Vgl. Planck, § 812, Bem. 1a, S. 1620.

nehmen, daß dem unmittelbaren Besitz der mittelbare Besitz innewohne, denn beide Arten haben eine grundverschiedene gesetzliche Grundlage (§ 854, § 868 BGB.). Nicht auf Kosten des Pfändungspfandgläubigers, sondern auf Kosten desjenigen, von dem er den unmittelbaren Besitz erlangt hat (GV. oder Sch.), ist der Beklagte bereichert. — Soweit man mit der herrschenden Lehre noch an dem Erfordernis der Unmittelbarkeit festhält[80]), wird es auch an dieser Voraussetzung fehlen, weil der Beklagte die Pfandsache wohl nicht vom Pfändungspfandgläubiger erhalten hat.

§ 823 BGB. ist im Verhältnis zu den anderen Vorschriften des BGB. (für vertragliche, dingliche, Besitzansprüche) lex generalis. So erklärt es sich, daß die Anwendung des § 823 BGB., soweit er auf Besitzverletzung angewandt wird, als unzulässig betrachtet wird. Als Grund wird angegeben, daß der Besitzschutz in §§ 861, 862, 869 BGB. abschließend geregelt sei[81]). Diese Einschränkung erscheint durchaus ungerechtfertigt und unbefriedigend. Wollte man Alles, was im BGB. seine Sonderregelung erfahren hat, vom Schutze des § 823 BGB. ausschließen, so hätte die allgemeine Fassung „oder ein sonstiges Recht" nicht einen einzigen Anwendungsfall, weil alle Rechte, soweit ersichtlich, ihre gesetzliche Regelung gefunden haben. Ferner ist der Erfolg der §§ 861, 862 BGB. und der Erfolg des § 823 BGB. ein verschiedener. Der Besitzschutz bezweckt einen ruhigen Besitz, im Falle der Unmöglichkeit der Wiedereinräumung versagt er ganz. § 823 BGB. kann gegebenenfalls dem Kläger eine Geldforderung gewähren. Sonach hat § 823 BGB. neben §§ 861, 862 BGB. Bestand[82]). Auch die in § 992 BGB. enthaltene Vorschrift (die gemäß § 1227 BGB. für den Pfändungspfandgläubiger gilt) schließt nicht die Anwendbarkeit des § 823 BGB. aus, indem sie etwa die Haftung aus unerlaubter Handlung auf die im § 992 BGB. genannten Fälle beschränkt. Vielmehr ist der Sinn des § 992 BGB., daß die Haftung des Beklagten verschärft werden soll, dem keinesfalls das mildere Recht aus der dinglichen Inanspruchnahme (§ 989 BGB.) zugutekommen soll, für ihn soll § 848 BGB. angewandt werden. Soweit für andere als die in § 992 BGB. angeführten Fälle der Tatbestand des § 823 BGB. zutrifft, steht nichts im Wege, einen Anspruch aus unerlaubter Handlung zuzulassen. — § 823 fordert die Verletzung eines Rechtes. Diese kann darin liegen, daß der Pfändungspfandgläubiger durch gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts an der Pfandsache in seinem Rang verletzt ist[83]). Ist das Recht als solches bei Bestand in ungeschmälerter Rangstellung, so ist es nicht verletzt; hat der Gläubiger eine Minderung in der Besitz-

[80]) Ueber diese Frage: Heinrichs, Das Erfordernis der Unmittelbarkeit in der Lehre von der rechtlosen Bereicherung. Dissertation Erlangen 1929.

[81]) Eccius, S. 8 ff.

[82]) Dieses nimmt die herrschende Lehre mit vollem Rechte an.

[83]) Doch wird die Durchführung des Anspruchs an dem Fehlen der Schuld scheitern.

stellung erlitten, so ist der Besitz verletzt. Der Besitz ist so, wie ihn das BGB. in § 854 formiert, sicherlich kein Recht, sondern eine Tatsachenverbindung, welcher Rechte entspringen können. Zu dem Besitz des § 854 gibt es aber noch den rechtlich geschützten Besitz, mit dem sich ein Recht zum Besitz verbindet, wie er den Inhabern dinglicher Rechte regelmäßig zusteht. Diesen Besitz als Recht im Sinne des § 823 BGB. anzusehen, unterliegt keinem Bedenken[84]). Die Verletzung liegt dann vor, wenn der Pfändungspfandgläubiger in seinem mittelbaren Besitz beeinträchtigt ist; dadurch ergibt sich sofort, daß andernfalls (also gegen den GV. bezw. den Sch.) die Klage unzulässig ist. Kausalität zwischen der besitzverletzenden Handlung und dem Schaden liegt immer vor. Ob dagegen auf Seiten des Beklagten Schuld vorliegt, hängt vom Einzelfall ab. Wußte der Beklagte, daß es sich um eine gepfändete Sache handelt, oder hätte er dies wissen müssen, (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.), so wußte er auch, daß durch die Besitzveränderung den an der Pfändung Interessierten Nachteile entstanden. Das genügt für die Annahme der schuldhaften Handlung. Die Frage nach der Schuld deckt sich regelmäßig hinsichtlich der sie begründenden Umstände mit der Frage nach der Bösgläubigkeit (vgl. oben zu § 1007 S. 23). Dringt der Kläger mit der Klage durch, so bestimmt sich die Pflicht des Beklagten nach § 249 BGB. Es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Besitzverletzung nicht eingetreten wäre. Da sonstige verändernde Umstände nicht anzunehmen sind, ist es der Zustand des § 808 ZPO., der vom Beklagten herzustellen ist; das geschieht durch Uebertragung des Besitzes an den GV. (§ 808 Abs. 1 ZPO.) bezw. an den Sch. (§ 808 Abs. 2 ZPO.). Alles in allem ist es für den Pfändungspfandgläubiger keine Erleichterung, wenn er sein Vorbringen auf die Anwendung des § 823 BGB. konzentriert, denn außer dem, was er für den dinglichen Anspruch zu beweisen haben würde, muß er den schweren Nachweis der Schuld auf Seiten des Beklagten führen. Der einzige Vorteil, den er durch § 823 haben kann, liegt darin, daß diese Vorschrift eine Schadensersatzforderung gibt, die gegebenenfalls durch Geldzahlung zu tilgen ist, nämlich dann, wenn die Pfandsache nicht mehr vorhanden ist oder die Naturalrestitution nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen möglich ist (§ 251 BGB.). In diesem Falle würde der dingliche Anspruch weniger geben (§ 989 BGB.).

Wenn der Beklagte ein nachstehender Pfandgläubiger ist, hat der Pfändungspfandgläubiger einen besonderen Anspruch auf Herausgabe der Sache (§ 1232 in Verbindung mit § 1227 BGB.). Dieser Anspruch ist nicht eigentlich dinglicher Art, sondern in Be-

[84]) Staudinger II, 3, § 823; II, A 2, S. 1774 und III, 1, Vorbem. IV, 4b vor § 854, S. 16; Rosenberg, Sachenrecht, Bem. 5, vor § 854, S. 13, jedoch mit der Einschränkung, daß die Besitzverletzung als Verletzung des § 858 BGB. nur unter § 823 Abs. 2 BGB. falle; RG. 59, 328.

zug auf den Gegner beschränkt. Die einzig mögliche Art des gegnerischen Pfandrechts ist das gesetzliche Pfandrecht[85]), denn ein vertragliches Pfandrecht kann der Schuldner nach vorgenommener Pfändung nicht mehr bestellen, weil er infolge der Pfandvollstrekkung die Sache nicht mehr übergeben kann, es bliebe höchstens die Verpfändungsmöglichkeit nach § 1206 BGB. Wesentliche Voraussetzung des § 1232 BGB. ist der Zweck. Der Pfändungspfandgläubiger kann die Sache nur zum Zwecke der Pfandverwertung herausverlangen. Ob es immer seine Absicht ist, den Pfandverkauf zu betreiben, ist zweifelhaft; bei wertvollen Pfandobjekten, die den Sch. zur Zahlung veranlassen könnten, wird der Pfändungspfandgläubiger nicht verkaufen wollen, sondern eher Zahlung beim Sch. suchen, als sich einem langwierigen Verwertungsverfahren auszusetzen. Jedenfalls muß der Zweck des Pfandverkaufs vom Kläger hinreichend deutlich klargelegt sein, weil sich aus diesem Tatbestandsmerkmal die Eigenart des Anspruchs erklärt. Im BGB. kann der Pfandgläubiger die Pfandverwertung selbst vornehmen, daher Herausgabe an sich selbst verlangen. In der ZPO. muß er den Pfandverkauf dem GV. überlassen und kann nur Herausgabe an ihn verlangen. Dieser Schluß ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung, die gerade hier, wo das Pfändungspfandrecht Besonderheiten zeigt, geboten ist. Die Herausgabe wird nicht verlangt, um die frühere Besitzlage wieder herzustellen, sondern, um die notwendigen Voraussetzungen für die Pfandverwertung zu schaffen; § 1232 BGB .soll nicht einen endgültigen Rechtszustand schaffen, sondern gibt gleichsam einen Hilfsanspruch.

IV. Teil: **Die Gegenrechte des Beklagten.**

In der Regel geht der Prozeß in kontradiktorischer Form vor sich. Es ist Sache des Klägers, Tatsachen vorzubringen, aus denen sich die Entstehung seines Rechtes ergibt; es ist Sache des Beklagten, diese Tatsachen in motivierter Form zu leugnen oder ein anderes Recht geltend zu machen, das dem Kläger die Durchführung seines Rechtes unmöglich macht. Alles das, was der Beklagte gegen den Anspruch vorbringen kann, fällt unter den Begriff des Gegenrechtes[86]). Daß auch das anspruchleugnende Vorbringen dazu gehört, zeigt die Tatsache, daß im Falle des Nichtvorbringens (z. B. im Versäumnisverfahren) das Vorbringen des Klägers als bewiesen anzunehmen ist; in der Möglichkeit des Gegenvorbringens liegt das Kann-Recht. Die Gegenrechte werden herkömmlicherweise in Einwendungen und Einreden geschieden[87]). Dabei wird unter Einwendung ein Angriff gegen den Bestand des Anspruchs verstanden, unter Einrede die Geltendmachung von Umständen, die kraft Gesetzes berechtigen, die Leistung zu verweigern, obwohl der Anspruch an sich besteht.

[85]) Etwa nach § 647 BGB. oder § 559 BGB.

[86]) Hier bleiben die aus den Verfahrensvorschriften der ZPO. sich ergebenden Gegenrechte außer Betracht.

[87]) Es wird die Terminologie des BGB. zugrunde gelegt.

1. Einwendungen.

Sie zerfallen in solche, die den Anspruch als nicht entstanden erscheinen lassen (rechtshindernde) und solche, die den Anspruch wieder vernichtet haben (rechtsvernichtende). Daneben hat die Praxis noch folgende Einwendungen: 1. Es gibt keinen Rechtssatz, der einen Anspruch, wie ihn der Kläger geltend macht, gewährt. 2. Die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen genügen nicht, um den anspruchgewährenden Rechtssatz anzuwenden (Subsumtionsfehler). Diese beiden Einwendungen beziehen sich auf die Rechtsanwendung und richten sich gegen den Richter, deshalb können sie hier nicht weiter beachtet werden, iura novit curia.

a) Gegen den Anspruch aus §§ 1227, 985. BGB.

Die allgemeinen Voraussetzungen (Handlungsfähigkeit usw.), die in der Person des Gläubigers begründet sind, sollen nicht untersucht werden; sie sind für den hier behandelten Anspruch keine Besonderheit.

Der Anspruch des Pfändungspfandgläubigers ruht auf dem Pfandrecht. Die Einwendungen richten sich gegen dieses. Der Beklagte entledigt sich am ehesten seiner Last, wenn er vorbringen kann, das Pfandrecht sei nicht entstanden. Für diese Frage sind die Vorschriften der ZPO. maßgebend. Das Pfandrecht entsteht durch Pfändung, ist die Pfändung nicht vorgenommen, so ist das Pfandrecht nicht entstanden. Ebenso steht es, wenn die Pfändung fehlerhaft ist; so, wenn der GV. die Pfandsache nicht in Besitz genommen hat (§ 808 Abs. 1 ZPO.) oder sie nicht mit der Pfandmarke versehen hat (§ 808 Abs. 2 ZPO.). Nach richtiger Ansicht ist auch dann kein Pfandrecht entstanden, wenn eine fremde oder eine im Gewahrsam eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten (vgl. § 809 ZPO.) gepfändet ist.

Ist das Pfandrecht ohne Fehler entstanden, so können nachfolgende Ereignisse auf seinen Bestand gewirkt haben. Das kann mit Willen des Gläubigers geschehen sein. Hat der GV. die Sache im Einverständnis[88]) mit dem Gläubiger zurückgegeben oder die Pfandmarke entfernt, so ist das Pfandrecht erloschen, § 1253 BGB. Das Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung (§ 1252 BGB.) bewirkt nicht das Erlöschen des Pfändungspfandrechts, denn diesem durch Staatsakt geschaffenen Recht wohnt nicht eine akzessorische Natur inne; ebenso kann nicht ein Erlöschen nach § 1255 BGB. eintreten, denn das Pfändungspfandrecht hat einen Teil seiner Voraussetzungen (Publizität) durch Staatsakt erhalten, da erscheint ein entsprechender Aufhebungsakt erforderlich, der die behördlich bewirkte Verfügungsbeschränkung aufhebt.

Rechtsvernichtende Wirkung kann auch durch rechtsgeschäftlichen Erwerb eintreten. Hat Jemand in gutem Glauben die Pfandsache erworben, so ist das Pfandrecht erloschen, § 936 BGB. Die Möglichkeit des guten Glaubens besteht nur dann, wenn sich an

[88]) Das evt. durch Urteil ersetzt werden kann, § 894 ZPO.

der Pfandsache keine Pfandmarke befand, § 932 Abs. 2 BGB. Der gute Glauben muß sich darauf beziehen, daß der Veräußernde unbeschränkter Eigentümer ist. Der Zeitpunkt des lastenfreien Erwerbs ist verschieden, je nach der Form der Uebereignung (§ 936 Abs. 1 BGB.), im Falle der Vindikationszession (§ 931 BGB.) erlischt das Pfandrecht überhaupt nicht, § 936 Abs. 3 BGB. Es ist streitig, ob lastenfreier Erwerb auch dann eintreten kann, wenn die Pfandsache abhanden gekommen ist. Bei formeller Anwendung des § 936 BGB. muß es angenommen werden, weil in diesem Paragraphen der lastenfreie Erwerb abschließend geregelt ist und eine dem § 935 BGB. entsprechende Vorschrift fehlt. Aber es ist unverständlich, warum beim Eigentumserwerb (§ 935 BGB.) und Pfandrechtserwerb (§ 1207 BGB.) das Abhandenkommen der Sache einen gutgläubigen Erwerb unmöglich macht, während es in § 936 BGB. anders sein soll. So sehr im Sachenrecht die Analogie zu vermeiden ist, hier ist sie angebracht. Daher ist kraft Analogieschlusses anzunehmen, daß § 935 BGB. auch für den Tatbestand des § 936 BGB. gilt[89]).

b) Gegen den Anspruch aus § 1227, 1007 BGB.

Hier gestaltet sich die Lage des Beklagten ganz anders. Gelingt es ihm, mit einem Einwand gegen das Pfandrecht als solches durchzudringen, so ist ein Anspruch nicht vorhanden, weil das Pfandrecht innfolge der Verweisung (§ 1227 BGB.) auch für § 1007 BGB. notwendig ist. Im weiteren kann man die Einwendungen in solche allgemeiner Natur (motiviertes Leugnen des Klaggrundes) und solche besonderer Art einteilen, die sich speziell aus der Natur der Besitzrechtsklage ergeben und in § 1007 BGB. besonders genannt sind.

Der Beklagte kann den früheren Besitz des Klägers leugnen. Für den Pfändungspfandgläubiger bedeutet das ein Abstreiten der sich aus § 808 ZPO. ergebenen Besitzlage, dieses Bestreiten ist mit dem Bestreiten des Pfändungspfandrechts identisch. Den eigenen schlechten Glauben braucht der Beklagte nicht zu bestreiten, sondern der gute Glaube wird vermutet und der Kläger muß das Gegenteil darlegen, wie sich aus der Fassung des § 932 Abs. 1 BGB. ergibt. Gemäß § 1007 Abs. 2 BGB. kann der Beklagte einwenden, es handle sich nicht um eine abhandengekommene Sache. Die besonderen Einwendungen sind folgende: 1. Die Sache sei ihm vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen, eine für vorliegenden Anspruch praktisch kaum mögliche Einwendung, vgl. S. 25. 2. Der frühere Besitzer (Pfändungspfandgläubiger) sei beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen, diese Einwendung ist ohne Erfolg, weil der Pfändungspfandgläubiger keinen Anlaß hat, sich in gutem Glauben befinden zu müssen. 3. Der Pfändungspfandgläubiger habe den Besitz aufgegeben; das ist gleichzeitig eine Einwendung gegen den Bestand des Pfand-

[89]) So die weitaus Meisten.

rechts (§ 1253 BGB., der beim Pfändungspfandrecht auch dann Anwendung zu finden hat, wenn der Pfändungspfandgläubiger mit Willen die Besitzlage des § 808 ZPO. verändert). Der vom Gesetz außerdem noch genannte Einwand des eigenen Eigentums gehört technisch unter die Einreden.

c) Gegen die nach sonstigen Vorschriften in Frage kommenden Ansprüche des Pfändungspfandgläubigers.

Klagt der Pfändungspfandgläubiger unter Berufung auf §§ 868, 861 BGB., so kann der Beklagte zunächst entgegnen, es fehle an verbotener Eigenmacht; dann ist der Pfändungspfandgläubiger nicht mehr aktiv legitimiert (§ 869 BGB.). Die Einwendung aus § 861 Abs. 2 BGB. kann niemals zutreffen, weil der Pfändungspfandgläubiger nicht in die Lage kommen kann, einen fehlerhaften Besitz zu erwerben, es müßte denn der Vollstreckungsschuldner sich in fehlerhaftem Besitz befunden haben. Eine Einrede aus dem Recht, welches dem Besitz zugrunde liegt, gibt es gegen den Anspruch nicht, vielmehr kann eine vorhandene Einrede nur dazu benutzt werden, als Einwendung zu dienen, nämlich, daß der Einrede ein Besitzrecht zugrundeliege, das kraft Gesetzes die Besitzentziehung gestatte (§§ 863, 858 BGB.). Ein derartiges Besitzrecht, das berechtigt, die gepfändete Sache zu entziehen, gibt es nicht (§ 137 StGB.).

Die Anwendung des § 812 scheitert aus rechtlichen Gründen. Die anspruchsverneinende Einwendung muß sich auf die Tatsachen erstrecken, aus denen sich die rechtlichen Gründe ergeben. Der Beklagte kann vorbringen, sein Besitz sei nicht der, den der Pfandgläubiger verloren habe.

Die an sich aus § 823 BGB. folgende Verpflichtung kann sowohl ihrem Grunde nach (Fehlen des Schadens, Mangel der Kausalität oder des Verschuldens) als auch ihrem Inhalt nach bestritten werden. Der Inhalt der Verpflichtung ergibt sich aus § 249 BGB.; das kommt auf die einseitige Pflicht des Beklagten hinaus, die frühere Besitzlage wieder herzustellen. Und zwar dies ohne Berücksichtigung etwa bestehender Einreden, die dem Beklagten zustehen könnten. Hat der Beklagte gegen den Hauptanspruch (§ 1227, 985 BGB.), die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 1000 BGB.), so ist es ausgeschlossen, in derselben Form (Einrede) dieses Gegenrecht gegen den Anspruch aus §§ 823, 249 BGB. geltend zu machen. Man käme sonst zu dem Schluß, daß der Kläger sich bei einiger Geschicklichkeit vor der etwaigen Gegenpflicht (§§ 1000, 274 BGB.) bewahren könnte. Es wäre aber unbillig, wenn das Gesetz für die von ihm selbst gegebene Anspruchsbeschränkung (§ 1000 BGB.) einen Weg zur Umgehung offen ließe. In den §§ 1227, 985, 986, 1000 BGB. findet sich die ausführliche Regelung des Verhältnisses zwischen Pfandgläubiger und Besitzer der Pfandsache. Hat der Besitzer Verwendungen vorgenommen, (§ 994 BGB.), so hat er die Möglichkeit, sich dafür zu sichern, § 1000 BGB.; der Kläger soll nur gegen Ersatz der Verwendungen die

Sache bekommen, § 274 BGB. Es kann nicht Wille des Rechtes sein, daß der Kläger mit Hilfe der Ungebundenheit seines Rechtes nicht das für ihn gegebene Recht gebraucht, sondern auf dem breiten Wege der Vorschriften über unerlaubte Handlungen sich den Nachteilen des Sonderrechtes entzieht. Hat der Kläger die Möglichkeit, so oder anders von seinem Recht Gebrauch zu machen, so muß der Beklagte Berücksichtigung der Hilfsmittel verlangen können, die ihm das Gesetz gerade gegen diesen Anspruch hat geben wollen (§ 1000 BGB.). Jedoch gilt § 1000 BGB. nur gegenüber den Ansprüchen dinglich Berechtigter, gegen § 823 BGB. kann dieses Hilfsmittel als Einrede nicht ausgespielt werden. Es bleibt die einzige Möglichkeit, in der Feststellung, wie die Naturalrestitution vor sich zu gehen hat, das gegnerische Recht zu berücksichtigen. Dabei ist Berücksichtigung beider Vermögensmassen, die durch die von § 249 BGB. geforderte Veränderung berührt werden, geboten[90]). Insbesondere geht aus § 249 nicht hervor, daß unter dem herzustellenden Zustand nur der Zustand auf Seiten des Berechtigten verstanden ist, vielmehr weist der Sprachgebrauch darauf hin, daß der Zustand ein Verhältnis zu dem umfaßt, der ihn herstellen soll. Wäre die Besitzverletzung nicht erfolgt, so wäre der Kläger in seinem mittelbaren Besitze geblieben und der Beklagte hätte keine Ausgaben für die Verwendungen (§ 994 BGB.) gehabt; diesen Zustand will § 249 BGB. wieder herstellen. Verlangt der Kläger Herstellung der früheren Besitzlage, dann muß er auch die Restitution der Vermögenslage dessen sich gefallen lassen, der ihm zu seiner früheren Besitzlage verhelfen muß, er muß den Beklagten für seine Verwendungen schadlos halten. Die beiderseitige Restitution ist also miteinander verknüpft, ihre Durchführung dadurch nur möglich, daß der Besitzer der Pfandsache zur Herausgabe gegen Ersatz seiner Verwendungen durch den Pfandgläubiger verurteilt wird, § 274 BGB. In der Literatur wird die Berücksichtigung des Vermögens des Verpflichteten als Vorteilsausgleichung für den Berechtigten behandelt. Das ist im Grunde dasselbe wie beiderseitige Vermögensbetrachtung, denn der Nachteil des Verpflichteten wird vom Gesichtspunkt des Vorteils des Berechtigten aus gesehen. So findet sich die Meinung, daß die Ausgleichung durch Rechnungsaufstellung zu erfolgen habe[91]), aus der das Nettoergebnis als wirklicher Schaden zu berechnen sei. Diese Formel versagt, wenn Naturalherstellung verlangt wird. In diesem Falle ist es notwendig, daß der Berechtigte die Vorteile herausgibt[92]). Die Herausgabe der Vorteile ist nicht möglich; denn für den Pfändungspfandgläubiger besteht der Vorteil in der besseren Verkaufsmöglichkeit und die ist ein Teil des Pfandrechts selbst.

---

[90]) So ausdrücklich RG. 54, 140.

[91]) Sörgel, I, § 249, II, 6, S. 481.

[92]) Enneccerus, I, 2, 27. Aufl., 1927, S. 57, 1d; Planck II, 2; § 249, Bem. 5a, S. 79.

Daran kann aber sicherlich die Vorteilsausgleichung nicht scheitern, vielmehr muß man noch einen Schritt weitergehen, als die in Note 92, S. 34 genannte Meinung und Ersatz des Vorteils für notwendig halten. Was für den Pfändungspfandgläubiger als Vorteil anzusehen ist, muß nach der Grundlage berechnet werden, die dem Beklagten gegen den Hauptanspruch eine Einrede[93]) gibt. Im Falle des § 994 Abs. 1 BGB. ist es die Höhe der Unkosten, die der Beklagte durch die notwendige Verwendung gehabt hat, im Falle des § 994 Abs. 2 BGB., die Summe, die sich aus der Anwendung der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag ergibt. Keinesfalls darf die Berechnung auf Grund der Vorteilsausgleichung auf etwas anderes hinauskommen, als die Berechnung, die für die Verwendung in § 994 BGB. vorgenommen wird, es wäre sonst im Ergebnis ein nicht gerechtfertigter Unterschied. Insbesondere braucht der Vorteil für den Pfändungspfandgläubiger kein wirklicher zu sein[94]). So wie in § 994 Abs. 2, § 683 BGB. auf den wirklichen Vorteil und den wirklichen Willen des Pfändungspfandgläubigers keine Rücksicht genommen wird, muß auch § 249 BGB. angewandt werden. Wenn in § 683 BGB. unbekümmert um den Gläubiger festgestellt wird, was für ihn vorteilhaft ist, so will das Gesetz, daß dies für den Pfandgläubiger auch dann als Vorteil angesehen wird, wenn die Höhe des Vorteils in Anwendung einer anderen Vorschrift berechnet werden muß. Der Ersatz des Vorteils und die Herausgabe der Pfandsache sind notwendig miteinander verknüpft, daher Verurteilung auf Leistung Zug auf Zug. — — Die hier vorgenommene Interpretierung des § 249 BGB. ist nicht etwa überflüssig, weil für den Beklagten der § 273 BGB. bestehe. Hat der Beklagte die unerlaubte Handlung vorsätzlich begangen, so fällt die Einrede fort, § 273 Abs. 2 BGB. In den übrigen Fällen fehlt es an der Fälligkeit der dem Beklagten nach § 994 BGB. zustehenden Forderung (§ 1001). Eine Forderung ist fällig, sobald sie geltendgemacht werden kann, das im Anspruch sich zeigende Recht, vom Gegner ein Tun oder Unterlassen zu fordern, vorhanden ist[95]). Unbeschränkte Möglichkeit der Durchführung der Forderung ist nicht erforderlich, es genügt eine Fälligkeit im weiteren Sinne, so daß eine etwa entgegenstehende Einrede unschädlich ist[96]), vor allem genügt eine verjährte Forderung zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts[97]). Als Grundsatz gilt demnach, daß nur eine solche Forderung als fällig bezeichnet werden kann, mit der der Kläger durchdringen würde, wenn nur sein Vorbringen beachtet würde. Von dieser Art ist die Forderung aus § 994 BGB. nicht,

---

[93]) Näheres über die Voraussetzungen der Einrede im IV. Teil, 2a.

[94]) Anderer Ansicht Staudinger, II, 1, Vorbem. III, 7, zu § 249, S. 60; vgl. unten IV. Teil, 2a.

[95]) RGR. Komm. I, § 198, Note 2), S. 324.

[96]) Staudinger II, 1, § 273, Bem. 1a, S. 128.

[97]) Enneccerus, I, 2, S. 85, 2.

weil ihre Geltendmachung nach § 1001 BGB. noch nicht möglich ist, der Ersatzberechtigte als Kläger also nicht einmal ein Versäumnisurteil erwirken könnte. — Wie schon erwähnt, kann der Beklagte die Vorteilsausgleichung nicht durch Einrede bewirken; diese ist ein so formell gestaltetes Gegenrecht, daß nur in den vom Gesetz besonders gekennzeichneten Fällen ihre Zulässigkeit angenommen werden kann. Will der Beklagte auf die Art der Berechnung Einfluß gewinnen, so bleibt ihm nur das andere Gegenrecht, die Einwendung. Das Vorbringen von Tatsachen, welche die Einwendung begründen sollen, muß, falls man es als Einwendung bezeichnen soll, sich gegen den Anspruch richten. Das ist tatsächlich der Fall, denn die Vorteilsausgleichung kann als nichts anderes angesehen werden, als die Festsetzung des Anspruchs dem Inhalte (Höhe) nach; das Bemühen des Beklagten um seine Verwendungen ist eine Einwendung. Deshalb ist dieser Abschnitt unter den Titel Einwendungen gestellt worden.

Handelt es sich um den Anspruch aus §§ 869, 861 BGB., so können die Verwendungen nicht berücksichtigt werden, weil die dem Beklagten an sich gegebenenfalls zustehende Einrede aus dem Recht zum Besitz (§ 1000 BGB.) gemäß § 863 BGB. nur als Einwendung geltend gemacht werden kann, daß keine verbotene Eigenmacht vorliege. Bei dem Bereicherungsanspruch wird (wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung ihn zulassen will) die Vermögenslage des Verpflichteten immer berücksichtigt, sodaß der Pfandbesitzer auf Ersatz der Verwendungen kommt.

2. Einreden.

a) Gegen den Anspruch aus §§ 1227, 985 BGB. unter besonderer Berücksichtigung konkurrierender Pfandrechte.

Ebensowenig wie das BGB. einen eigenen Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers kennt, gibt es eine besondere Einrede in den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Die Verweisung in § 1227 BGB. bezieht sich auf die Vorschriften, „die für die Ansprüche aus dem Eigentume gelten". Aeußerlich sind damit nur die Vorschriften angezogen, die für den Anspruch gelten, d. h. den Anspruch geben. Aber man muß auch die Vorschriften als herangezogen betrachten, die ein Gegenrecht gegen den Anspruch begründen, denn diese Vorschriften gelten für die Gegenrechte, und die Gegenrechte wiederum gelten für den Anspruch, so daß auch die Vorschriften, die die Gegenrechte begründen, für den Anspruch gelten.

Der Pfändungspfandgläubiger streitet um den Besitz der Pfandsache. So ist es erklärlich, daß die Einrede, deren Wesen in dem Rechte der Leistungsverweigerung besteht, ihr Fundament in einem Rechte des Beklagten hat, kraft dessen er den vom Gläubiger verlangten Besitz für sich beanspruchen kann; der Pfandbesitzer kann sich auf eigene Besitzberechtigung berufen. Wird das Besitzrecht festgestellt, so kann die Herausgabe verweigert werden, der Pfän-

dungspfandgläubiger muß abgewiesen werden. Das vom Beklagten geltend gemachte Recht muß ihm gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger zustehen, das folgt aus der in § 1227 BGB. vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung. Der Pfandbesitzer kann sich nicht darauf berufen, er sei dem Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) gegenüber zum Besitz berechtigt, das wäre direkte Anwendung der §§ 986, 1000 BGB.; als entsprechend kann die Anwendung der §§ 985 ff. BGB. nur bezeichnet werden, wenn als Anspruchsgrund das Pfandrecht und als Ziel der Einrede der Inhaber des Pfandrechts angesehen wird. — Bei der Beurteilung des § 986 BGB. ist es von Wichtigkeit, ob in dieser Vorschrift dem Beklagten eine Einrede gegeben ist oder in ihr anspruchsverneinende Tatsachen, die der ausdrücklichen Geltendmachung nicht bedürften, enthalten sind. Nach der systematischen Stellung enthält § 986 BGB. eine Einrede; denn in § 985 BGB. wird unbeschränkt ein Anspruch normiert, in § 986 BGB. heißt es weiter: der Besitzer kann die Herausgabe verweigern. Damit, daß dem Verpflichteten die Befugnis gegeben wird, die Leistung zu verweigern, kennzeichnet das BGB. die Einrede. Grundsätzlich wird die Einrede nicht mit dem Wort „Einrede" bezeichnet, sondern in der willkürlichen Zurückweisungsbefugnis des Verpflichteten wird sie erkannt[98]). So wird von der herrschenden Lehre angenommen, daß § 986 BGB. dem Beklagten eine Einrede gebe[99]). Dagegen wird die Einrede in ihrem Gesamtbestand bestritten mit dem Hinweis, es sei ein Widerspruch, die Existenz eines Anspruchs auf eine mit Recht verweigerte Leistung anzunehmen[100]). Sicherlich gibt es keinen Anspruch auf Erfüllung einer nicht bestehenden Leistungspflicht. Aber die Leistungspflicht des Beklagten besteht eben so lange, bis er sich durch die Einrede davon befreit; von diesem Augenblick ab existiert auch kein Anspruch mehr, so daß man in keinem Zeitpunkt, solange der Kläger mit seinem Anspruch, der Beklagte mit seiner Einrede, sich gegenüberstehen, von einem Anspruch auf eine nichtbestehende Leistung sprechen kann. Eine andere Meinung geht dahin, wenn der Beklagte Besitzberechhtigung (§ 986 BGB.) habe, könne diese dem Kläger nicht zustehen und folglich bestehe ein Herausgabeanspruch nicht[101]). Diese Ansicht hat eine Stütze in der Auffassung Gierke's[102]), der das Eigentum als einen elastischen Komplex von Rechten erklärt, der die Minderung durch Rechte Dritter erträgt und trotz fast vollständiger Entleerung als remanentes Eigentums-

[98]) v. Tuhr, S. 290.

[99]) Wolff, Recht zum Besitz, S. 5; Staudinger III, 1, § 986, I, S. 587; Endemann, S. 598; Cosack, S. 207; Planck, III, Vorbem. zu § 986, S. 483; Warneyer II, § 986, I, S. 197; RGR. Komm. III, § 986, Note 1, S. 310.

[100]) Hölder, S. 76.

[101]) So besonders Scherk, S. 309 ff.; ferner Last, S. 476/477; Thon, S. 58.

[102]) Gierke, Privatrecht, S. 365, 6.

recht weiterbesteht. Mit dieser mathematischen Erklärung des Eigentums und der dinglichen Rechte[103]) kommt man folgerichtig zu dem Ergebnis, daß das, was nicht innerhalb des Eigentumsrechts ist, sich außerhalb desselben befindet. Auf § 985 BGB. angewandt: Derjenige hat keinen Herausgabeanspruch, der sich dessen durch Uebertragung eines Besitzrechts an einen Anderen begeben hat. Diese Ansicht steht unter dem Irrtum, daß der Eigentümer, der einem Anderen ein Besitzrecht gewährt, damit auch den Herausgabeanspruch verliere, der in dem Besitzrecht ruhe. Das ist unzutreffend. Denn der Eigentümer, der ein Besitzrecht abgibt, gibt damit nicht einen Herausgabeanspruch ab, weil er mangels eines passiv Legitimierten selbst keinen hat. Selbst wenn man annimmt, daß alle Rechte, die dem Eigentum entspringen, schon vor der Möglichkeit ihrer Existenz im Eigentum ruhen, so muß deshalb nicht notwendig mit der Uebertragung des Besitzrechts auch ein Herausgabeanspruch übergehen. Vielmehr liegt es näher, demjenigen, der besitzberechtigt wird, einen originären, ihm kraft eigenen Rechts zustehenden Herausgabeanspruch zuzusprechen (vgl. § 100 7BGB. und die possessorischen Rechtsbehelfe). Auch entspräche es der Auffassung Gierke's[104]), daß man sich den Herausgabeanspruch im Eigentum zurückgeblieben denkt, als Mittel zur Wiedererlangung des Besitzes, zur unbeschränkten Entfaltung des Eigentums, ohne Behinderung durch fremde Rechte. So sagt Zitelmann[105]), daß der Eigentümer stets den Herausgabeanspruch habe, auch wenn ein Anderer zum Besitz der Sache berechtigt ist. Der darin scheinbar liegende Widerspruch entfällt, weil der Besitzberechtigte jederzeit den fordernden Anspruch zum Stillstand bringen kann durch Geltendmachung der Einrede. Es ist also eine Einrede und es ist Sache des Beklagten, wachsam zu sein und sein Recht zu erkennen. Die Geltendmachung[106]) der Einrede erfolgt durch die ernstliche Erklärung, daß die Leistung verweigert werde. An sich genügt, daß der Beklagte erklärt, die Sache nicht herausgeben zu wollen und dies begründende Tatsachen anführt, um jede mögliche Einrede als geltendgemacht zu erachten[107]). Hat der Beklagte jedoch ausdrücklich sich auf ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht oder auf das Recht eines mittelbaren Besitzers berufen, so ist darin der Wille zu sehen, daß er sein Leistungsverweigerungsrecht auf die ausdrücklich geltend gemachten Gründe konzentriert, und nur sie können Gegenstand erkenntnis-kritischer Behandlung sein.

[103]) Die in einer Variation auch von Siber, Rechtszwang, S. 135, vertreten wird: Das Eigentum, das durch dingliche Rechte beschränkt ist, sei seinem Begriffe nach (§ 903 BGB.) nur beschränkt vorhanden.

[104]) Gierke, Privatrecht, S. 365.

[105]) Zitelmann, S. 33, 34.

[106]) die nicht nur im Prozesse möglich ist; das ist eigenartigerweise nicht unbestritten.

[107]) v. Tuhr, S. 297, IV.

Die Einreden gegen den Anspruch enthalten die §§ 986, 1000 BGB. Zuerst handelt es sich um ein Recht auf den Besitz der Sache (§ 986 BGB.), im zweiten um das Recht zur Zurückbehaltung als Sicherung für den Ersatz der Verwendungen (§ 1000 BGB.). Die Unterschiede liegen in dem Grund und dem Zweck der Rechte. Die bei weitem wichtigere Vorschrift ist § 986 BGB.; sie soll zunächst behandelt werden.

Die Besitzberechtigung des Besitzers der Pfandsache kann sich aus einem unmittelbar zwischen ihm und dem Pfändungspfandgläubiger bestehenden dinglichen oder persönlichen Rechtsverhältnis oder aus der Besitzberechtigung des mittelbaren Besitzers, von dem der unmittelbare Besitzer der Pfandsache seinen Besitz ableitet, ergeben[108]). Als besitzberechtigte mittelbare Besitzer kommen der GV. und der Sch. in Frage. Haben sie sich bei Uebertragung des Besitzes innerhalb ihrer Befugnisse gehalten (§ 808 ZPO.), so führt die Einrede des Beklagten zur Abweisung der Klage (§ 986 Abs. 1, Satz 1 BGB.); sind ihre Befugnisse überschritten, so bringt die Einrede den Anspruch des Klägers nicht zum Stillstand (§ 986 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die aus persönlichem Verhältnis zum Pfändungspfandgläubiger folgende Besitzberechtigung kann verschiedentlichen Rechtsverhältnissen entspringen (z. B. Leihe, Verwahrung usw.); jedoch ist erst immer festzustellen, ob der Pfändungspfandgläubiger selbst zu einer Veränderung der sich aus § 808 ZPO. ergebenen Besitzlage berechtigt war, ohne Zustimmung des GV. dürfte er (wenn nicht das Pfandrecht untergehen soll) niemals dazu befugt sein. Unberechtigte Besitzveränderung durch den Pfändungspfandgläubiger ist Rechtsbruch, und ein so fehlerhafter Akt kann keine Rechte zur Entstehung bringen. Unmittelbare dingliche Rechtsverhältnisse zwischen Pfändungspfandgläubiger und Pfandbesitzer sind in mehrfacher Art denkbar, denn jedes der an einer beweglichen Sache möglichen dinglichen Rechte erzeugt (wenn es vorliegt) zu dem aus dem Pfandrecht dinglich Berechtigten (Pfändungspfandgläubiger) ein Rechtsverhältnis. So kann der Beklagte ein Nießbrauchsrecht oder ein Pfandrecht an der Sache für sich in Anspruch nehmen. Der Nießbrauch an beweglichen Sachen ist heute derart ungewöhnlich, daß darauf verzichtet werden kann, auf nähere Behandlung einzugehen; im weiteren gilt dafür mit geringen Abweichungen dasselbe, wie für das Pfandrecht.

Steht ein Pfandrecht in Frage, so ist zweierlei zu untersuchen: 1., ob ein Pfandrecht überhaupt entstanden ist; 2., ob sich mit dem Pfandrecht ein Besitzrecht verbindet und das Besitzrecht in der Konkurrenz mit dem Besitzrecht des Pfändungspfandgläubigers geeignet erscheint, die Klage abzuweisen. Das Pfandrecht kann auf rechtsgeschäftlichem Wege oder durch Gesetz, vor oder nach der Pfändung, entstehen. Ihrem Inhalte nach sind sie gleich

[108]) Planck III, § 896, 1a, S. 483; derselbe, § 986, Bem. 1b, S. 485; Warneyer II, § 986, Bem. 1, S. 197/8; Crome, S. 415; v. Tuhr, S. 301.

(§ 1257 BGB.). Der Sch. kann auch nach der Pfändung noch ein Pfandrecht an der Sache bestellen, sofern er nur die Uebergabe oder deren Ersatzmittel (§ 1205 ff. BGB.) einhalten kann, ohne die ihm durch die Pfändung gesetzten Schranken (§ 808 ZPO., § 13 7StGB.) zu durchbrechen. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht dann, wenn sein Entstehungstatbestand erfüllt ist; die durch die Pfändung bewirkte Verfügungsbeschränkung des Eigentümers ist dabei ohne hindernde Wirkung. Bei der Untersuchung über den Tatbestand des Besitzrechtes fallen von vernherein die Arten des Pfandrechts weg, die ohne Besitzveränderung entstehen; diese sind die gesetzlichen Pfandrechte, mit denen kein Besitz des Pfandgläubigers verbunden ist. Ohne Besitz entsteht kein Besitzrecht und keine Besitzeinrede. Die grundsätzliche Existenz eines Besitzrechts wird für das vertragliche Pfandrecht wegen der dinglichen Natur des Rechts, der erforderlichen Besitzübertragung bei seiner Entstehung und der persönlichen Obhutspflichten des Pfandgläubigers allgemein bejaht (vgl. oben S. 7). Bestehen mehrere Pfandrechte an der Sache, so siegt im Konkurrenzfall das Pfandrecht, mit dem sich ein besseres Besitzrecht verbindet. Der Beklagte kann mit der Berufung auf ein Pfandrecht nur dann Erfolg haben, wenn er dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber besser besitzberechtigt ist. Der Rang der Besitzrechte bestimmt sich nach denselben Gesichtspunkten, die für die grundsätzliche Existenz des Besitzrechts gelten. Die Obhutspflicht des Pfandgläubigers muß dabei ausgeschaltet werden wegen ihrer notwendigen Einseitigkeit. Es bleibt also als geeigneter Maßstab für das Besitzrecht die dingliche Natur des Rechts; der Inhalt des Rechts wirkt rangbestimmend auf das Besitzrecht. So ist der Rang der Besitzrechte an der Pfandsache derselbe wie bei den zugrundeliegenden Pfandrechten, während die Ausübung des kraft Ranges dem Pfandgläubiger zustehenden Besitzes sich nach der Art des Besitzes richtet; in dem sich der Pfandgläubiger bei Entstehung des dinglichen Rechts befinden muß. Im Rang hat der erste Pfandgläubiger das erste, der zweite das zweite, usw. Besitzrecht[109]). Das Besitzrecht des Beklagten begründet die Einrede

[109]) Emmerich, S. 158, 159. Von dieser Regel macht Emmerich S. 160 eine Ausnahme für den Fall, daß der nachstehende Pfandgläubiger ohne Verletzung der Rechte des vorgehenden Pfandgläubigers seine Besitzstellung erlangt hat. Unter Verletzung kann nur eine Verschlechtureng der Besitzstellung des vorgehenden Pfandgläubigers verstanden sein. Daher sind scheinbar von E. die Fälle gemeint, in denen der besitzende Pfandgläubiger von einem zu Besitz Berechtigten seinen Besitz ableitet (§ 986 BGB.), zumal von ihm S. 170 die scheinbare Ausnahme auf gesetzliche Pfandrechte angewendet wird, die in der Mehrzahl die Uebertragung des Besitzes durch den Besitzberechtigten voraussetzen (die mit Besitzstellung verbundenen Pfandrechte, z. B. § 647 BGB.). E. ist hier nicht ganz klar: eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel gibt es nicht, es sei denn, daß Rang des Besitzrechts und Art des rangmäßigen Besitzes (unmittelbarer oder mittelbarer Besitz) verwechselt wird.

(§ 986 BGB.), wenn er im Range dem Pfändungspfandgläubiger vorsteht und seinem unmittelbaren Besitz (Art des rangmäßigen Besitzes) der unmittelbare Besitz bei Entstehung seines Rechtes entspricht; der aus seinem Recht nur zu mittelbarem Besitz berechtigte Pfandgläubiger hat nie die Einrede. Ist das Pfandrecht des Beklagten vor der Pfändung entstanden, dann geht es im Range dem des Pfändungspfandgläubigers vor; einen gutgläubigen Erwerb einer besseren Rangstelle (§ 1208 BGB.) gibt es für das Pfändungspfandrecht nicht, § 804 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Ist das Pfandrecht des Beklagten nach der Pfändung entstanden, so steht es regelmäßig im Rang hinter dem Pfändungspfandrecht, § 1208 BGB. Zwar scheint § 1208 BGB. als Regel zu bestimmen, daß das jüngere Recht das stärkere sei, doch erscheint dies nur infolge der äußeren Fassung der Vorschrift als Regel. Ist jedoch das vertragliche Pfandrecht in gutem Glauben erworben, d. h. wußte der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit nicht, daß ein Pfändungspfandrecht an der Sache bestand[110]), so ist das erworbene Pfandrecht das rangerste, ebenso das erworbene Besitzrecht[111]); die Einrede (§ 986 BGB.) ist begründet. Das dadurch betroffene Pfandrecht tritt zurück und rückt erst wieder vor, wenn das vorgehende in gutem Glauben erworbene Recht erlischt. Anderer Ansicht wohl Gierke[112]), der von einem endgültigen dinglichen Rechts- (hier Rang-) Verlust des Betroffenen spricht. Doch gibt es im Fahrnispfandrecht nicht das System der offenen oder endgültigen Rangstelle wie im Grundpfandrecht; vielmehr zeigt sich bei Erlöschen eines Rechtes, daß dies für die anderen Rechte der Wegfall einer Hemmung ist, sie rücken auf. Ausnahme davon ist § 1256 Abs. 2 BGB.

So ist es bei vertraglichen Pfandrechten. Zweifelhaft ist, ob für das gesetzliche Pfandrecht dasselbe gilt, d. h., ob ein gesetzliches Pfandrecht an einer fremden Sache durch guten Glauben erworben werden kann und ob das gesetzliche Pfandrecht in gutgläubigem Erwerb eine vom regelmäßigen Rang abweichende bessere Rangstelle erhalten kann; im Falle der Bejahung würde das etwa mit dem gesetzlichen Pfandrecht verbundene Besitzrecht sich auch in der besseren Rangstelle befinden, also dem Pfändungspfandrecht vorgehen und gegen den Pfändungspfandgläubiger eine Einrede (§ 986 BGB.) geben.

Die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs bei gesetzlichen Pfandrechten ist entschieden zu verneinen[113]). § 1257 BGB., der die kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte in ihrer Wirkung dem durch Rechtsgeschäft entstandenen Pfandrecht gleichstellt, setzt voraus, daß ein gesetzliches Pfandrecht bereits entstanden ist; wie es entsteht, ist von Fall zu Fall geregelt (z. B. §§ 647, 559, 233usw.

---

[110]) fehlte z. B. die Pfandmarke.
[111]) Scherk, S. 344; Emmerich, S .159 und 160.
[112]) Gierke, Privatrecht, S. 564.
[113]) So die herrschende Lehre.

BGB.), nicht jedoch mit Hilfe des § 1257 BGB. aus §§ 1204, 1207, 1208 BGB. zu entnehmen[114]). Dies war bei der Abfassung des BGB. durchaus klar. So z. B. die Motive[115]): „Aus der Bezeichnung des Rechts des Vermieters als eines gesetzlichen Pfandrechtes folgt ferner, daß auf dasselbe, vorbehaltlich . . ., die allgemeinen Vorschriften des 3. Buches über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung finden, soweit dieselben nicht ein durch Rechtsgeschäft begründetes Pfandrecht voraussetzen." Diese Auffassung war einheitlich vertreten; auch der zweite Entwurf hielt daran fest und die Gesetz gewordene Fassung des § 1257 BGB. ist aus demselben Geiste geboren. Ferner zeigt § 366 Abs. 3 HGB., daß im Handelsrecht etwas Abweichendes gelten soll. Dies ist damit zu erklären, daß der Kaufmann bei Massenumsatz nicht auf die Prüfung der Eigentumsverhältnisse angewiesen sein soll. § 366 HGB. Abs. 3 ist, — das Recht des BGB. als Regel betrachtet —, die Ausnahme von der Regel[116]). — Ginge man endlich so weit, die §§ 1207, 1208 BGB. auf das gesetzliche Pfandrecht für anwendbar zu erklären, so würde die Anwendung doch an dem Mangel der Tatsachen, die der gute Glaube zu seiner Wirksamkeit braucht, scheitern[117]). Die entsprechende Anwendung könnte nicht etwa lauten: Das gesetzliche Pfandrecht wird erworben, wenn der Gläubiger beim Empfang der Sache in gutem Glauben ist; vielmehr müßte man, da der gute Glaube bei der Entstehung des Rechts sich auswirkt, sagen: Das Pfandrecht wird erworben, wenn der Gläubiger im Zeitpunkt der Entstehung in gutem Glauben ist. Regelmäßig denkt der Gläubiger nicht daran, ob und wann ein Pfandrecht entstehen könnte; es fehlt ihm das Bewußtsein des Erwerbs, und da der gute Glaube nur in Verbindung mit diesem Bewußtsein vorhanden sein kann, fehlt auch der gute Glaube. Bekommt der Gläubiger später das Erwerbsbewußtsein, so kann es ihm nicht mehr helfen, der Zeitpunkt der Entstehung ist vorüber, denn das Gesetz sagt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, entsteht das gesetzliche Pfandrecht, nicht früher, aber auch nicht später. Das Pfandrecht besteht nicht nach Ablauf des Entstehungszeitpunktes als Anwartschaft oder dergl. existenzbedürftig weiter. Ein weiterer Grund gegen die Anwendung der Vorschriften über Rechtserwerb durch guten Glauben auf das gesetzliche Pfandrecht liegt darin, daß ein Erwerb durch guten Glauben nicht nur Voraussetzungen

---

[114]) Planck III, § 1257, Bem. 3, S. 1254; Cosack, S. 353, der jedoch aus anderen Erwägungen gutgläubigen Pfandrechtserwerb bei gesetzlichen Pfandrechten für möglich hält.

[115]) Motive II, S. 404.

[116]) Staudinger III, 2, § 1257, II, 1, S. 1466; Staub, § 366, Anm. 60, S. 604.

[117]) Die folgende Untersuchung ist bei praktischer Anwendung der abgelehnten Lehre unbedingt erforderlich, wenn man nicht die anständige Gesinnung allein als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs ansehen will.

auf Seiten des Erwerbers hat, — es ist kein einseitiger Erwerbsakt —, sondern auch ein Verhalten auf Seiten des Scheinberechtigten voraussetzt, mit welchem sich das Vertrauen des Erwerbes verbindet und ein originäres[118]) Recht zur Entstehung bringt. Dieses Verhalten auf der anderen Seite wird in Wirklichkeit bei gesetzlichen Pfandrechten nie vorliegen.

Betrachtet man das gesetzliche Pfandrecht aus dem Unterschied zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft, so ist die vorstehende Auffassung keinen Bedenken zugänglich. Doch gibt es in der Literatur zahlreiche Stimmen, die entweder aus formalistischen Gründen anderer Ansicht sind oder von dem Reiz der deutschen Rechtsinstitute erfaßt, diese auf Gebiete erstrecken wollen, auf die sie nicht passen. Die Gründe, welche die Einzelnen für ihre Ansicht vorbringen, sind verschieden, so daß es notwendig ist, im einzelnen darauf einzugehen[119]).

Scherer[120]) will alle gesetzlichen Pfandrechte der Entstehung kraft guten Glaubens fähig erklären. § 1257 BGB. verweise ohne Unterschied auf die §§ 1204—1256 BGB., daher auch auf §§ 1207, 1208. Die perfektivische Form in § 1257 schließe das nicht aus[121]). § 1207 BGB. verweise auf § 932 BGB., der ebenfalls perfektivisch von erfolgter Veräußerung spreche. Beide Gründe sind abwegig: § 1257 BGB. verweist nicht unbeschränkt auf alle Vorschriften des Pfandrechts, sondern nur auf die, welche dem gesetzlichen Pfandrecht entsprechen; § 1207 BGB. denkt nicht an entstandene Pfandrechte, sondern an die Entstehung („Verpfändung"), enthält auch kein perfektives Moment, dies kann nicht aus § 932 in § 1207 hineingestellt werden. Wenn § 1207 BGB. von der Verpfändung spricht und § 932 darauf für anwendbar erklärt, so folgt aus der entsprechenden Anwendung, daß die perfektive Form des § 932 in § 1207 unbrauchbar ist. Der weitere Vorwurf Scherers, die unterschiedliche Behandlung der vertraglichen und gesetzlichen Pfandrechte sei unlogisch, beruht wohl darauf, daß die selbständige Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte in den einschlägigen Vorschriften (§§ 647, 559, 233 usw.) übersehen und das Wesen des Rechtserwerbs durch guten Glauben verkannt ist. Gegenstand der von Scherer geführten Polemik ist das Vermieterpfandrecht. Hier fehlt es sogar an der Besitzübertragung, sodaß nicht einmal eine Konstruktion des Erwerbstatbestandes möglich ist. Ist es der Erfolg des gutgläubigen Erwerbs, daß „der Schein

---

[118]) Sohm, S. 289, Note 7).

[119]) Da das gesetzliche Pfandrecht wohl das einzige ist, das in theoretischer Möglichkeit und praktischer Häufigkeit nach der Pfändung noch an einer Sache entstehen kann, erscheint die Untersuchung für den hier behandelten Anspruch notwendig und nur in Gründlichkeit liegt Vollständigkeit.

[120]) S. 203, Sp. 1.

[121]) S. 318, Sp. 1.

zum Sein wird"[122]), so kann das zweite ohne das erste nicht werden.

Düringer-Hachenburg[123]) stellt zunächst als erste Voraussetzung des gutgläubigen Rechtserwerbs ein gültiges Rechtsgeschäft hin, läßt aber sofort die erste Voraussetzung in ihrer Formulierung fallen und sagt, „sie könne durch einen andern Tatbestand als den des Rechtsgeschäfts ersetzt werden", während die anderen (von ihm daneben genannten) Momente stets gegeben sein müßten. Darin liegt ein innerer Widerspruch. Wenn der Erwerb mehrere Voraussetzungen hat, so sind alle zwingend; es ist schon begrifflich unmöglich, dem Rechtsgeschäft einen anderen Tatbestand gleichzusetzen, der, weil er eben kein Rechtsgeschäft ist, gar keine Berührungspunkte mit diesem aufweist.

Wolff[124]) verneint die Möglichkeit des Rechtserwerbs durch guten Glauben bei gesetzlichen Pfandrechten, die ohne Besitzübergabe entstehen, hält aber bei der Gruppe, die Besitzerlangung voraussetzt, die Besitzübertragung für ausreichend, um gutgläubigen Rechtserwerb zu ermöglichen; „denn, wenn auch nicht auf einem Verpfändungsvertrage, so beruhen sie doch auf einer Uebergabe wie Vertragspfandrechte, und das rechtfertigt die Anwendung des in § 1207 ausgesprochenen Grundsatzes"[124]). Aber die Vertragspfandrechte beruhen nicht auf der Besitzübertragung, dagegen spricht eindeutig § 1204 BGB., denn neben der Besitzübertragung steht gleichwertig die Einigung und insbesondere in den §§ 1207, 1208 BGB. ist die Einigung der Boden, auf dem allein der gute Glaube des Erwerbers sich auswirkt. Ein weiteres Argument für die Richtigkeit seiner Ansicht findet Wolff in § 366 HGB., da diese Vorschrift „auch dann" den guten Glauben schütze, wenn er sich auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers beziehe und in der Wendung „auch dann" (bezg. Abs. III) voraussetze, daß im bürgerlichen Recht gesetzliche Pfandrechte kraft guten Glaubens an das Eigentum erworben werden könnten. Aus dieser schwachen Andeutung rechtfertigt sich nicht ein Schluß auf § 1257 BGB.; denn aus § 1257 BGB. und dem Wesen des guten Glaubens ergibt sich, daß das BGB. solchen gutgläubigen Erwerb nicht kennt und gegenüber dieser m. E. sehr klaren Stellungnahme des BGB. genügt nicht der schwache Anhalt in § 366 HGB., um Grundsätze über den Haufen zu werfen, dafür müßte man vielmehr eine deutliche, jeden Zweifel ausschließende Gesetzesbestimmung fordern, die aber im geltenden Recht nicht vorhanden ist. Wie wenig gerechtfertigt ein Schluß von § 366 HGB. auf die gesetzlichen Pfandrechte des BGB. ist, zeigt der Umstand, daß auch die Gegner der Wolff'schen Lehre sich zur Begründung ihrer Meinung auf § 366, III. HGB. berufen.

[122]) Diese Formel gibt die sogenannte Rechtsscheintheorie: Herbert Meyer; Wellspacher; Jacobi; Naendrup.

[123]) II, S. 629, VI.

[124]) Sachenrecht, S. 575, III.

Planck[125]) läßt Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts durch guten Glauben da zu, wo der Entstehungstatbestand des gesetzlichen Pfandrechts zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 1207, 1208 BGB. Anhalt biete. Gegenüber der deutlichen Vorschrift in § 1257 BGB. ist allgemeine Aehnlichkeit des Tatbestandes für entsprechende Anwendung nicht hinreichend.

Gierke[126]) findet den Grund des gutgläubigen Erwerbs lediglich in der Besitzlegitimation des Veräußerers. Die formale Abstellung auf den Besitz erledigt sich durch § 932 BGB., der als Regel eine nach § 929 BGB. erfolgte Veräußerung fordert, also Einigung und Uebergabe als zwei gleichwertige Teile der Eigentumsübertragung. Auch § 933 BGB. zeigt, daß außer der Besitzlegitimation weitere Voraussetzungen erforderlich sind; denn wäre die Besitzübertragung das Wesentliche, so wäre § 933 BGB. überflüssig.

Cosack[127]) kommt auf Grund der Feststellung „einer gleichen Rechtslage" in § 366, III. HGB. und den Fällen der gesetzlichen Pfandrechte im BGB. zur Annahme gutgläubigen Rechtserwerbes. Unter Gleichheit der Rechtslage ist eine Gleichheit des Tatbestandes verstanden; sollen die Folgen, die der eine Tatbestand hat, auch für den anderen gelten, so ist das analoge Anwendung. Nun ist aber nach EG. Art. 2 zum HGB. und § 343 Abs. I, §§ 1—3 HGB. die Anwendung des Handelsrechts auf die ihm nicht unterliegenden Rechtsverhältnisse unzulässig, dasselbe muß auch für analoge Anwendung gelten. Und wollte man die analoge Anwendung des § 366, III HGB. zulassen, so würde es doch in dem Tatbestand, dessen Folgen durch analoge Anwendung geregelt werden sollen, an allem fehlen, was für die Durchführung der Analogie notwendig ist[128]).

Staub[129]) ist von der in älteren Auflagen vertretenen Ansicht, die im Inhalt und der Begründung ungefähr der Ansicht Cosacks identisch war, auf Grund der Motive zum BGB. und der Fassung des § 1257 BGB. abgekehrt.

Fuchs[130]) sieht unter Heranziehung des germanischen Rechts das Hauptmerkmal des gutgläubigen Erwerbs in der Besitzübertragung entsprechend der Legitimationskraft des Besitzes[131]), kommt aber selbst, infolge des Wortlautes des § 932 BGB. zu dem Schluß, daß eine Verfügung, also ein Rechtsgeschäft, hinzukommen müsse.

---

[125]) Planck, III, § 1257, 3a, S. 1254.
[126]) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 17.
[127]) Cosack, S. 353, II, 2b und S. 354.
[128]) Es würde zu weit führen, dies im einzelnen festzustellen: hinsichtlich des Begriffes der Analogie sei auf Sohm, S. 29, verwiesen.
[129]) Staub, § 366, Anm. 60, S. 604, 605.
[130]) Fuchs, S .427.
[131]) S. 428.

Dieses Rechtsgeschäft fehlt auch nach seiner Ansicht[132]), jedoch lasse der Entstehungstatbestand mancherlei Analogien zum Rechtsgeschäft zu, und zwar sei ein Rechtsgeschäft (in allgemeinen Umrissen) dann vorhanden, wenn die Besitzübertragung durch Willenshandlung des Eigentümers geschehe und auf Seiten des Gl. Erwerbsbewußtsein vorhanden sei. Liegen in der Besitzübertragung und dem Erwerbsbewußtsein wirklich zwei Willenserklärungen vor, die den Tatbestand des Rechtsgeschäfts erfüllen, so sind alle Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts erfüllt. Aber die Sache liegt anders. Die in § 932 BGB. geforderte Verfügung (§ 929 BGB.)setzt sich aus zwei notwendig substantiierten Willenserklärungen neben der Besitzübertragung zusammen. Aus der Erklärung des Veräußerers muß sich deutlich ergeben, daß es sein Wille sei, diese bestimmte Sache an die Gegenseite zu Eigentum zu übertragen; die Erklärung des Erwerbers muß darauf gehen, das Eigentum an dieser bestimmten Sache erwerben zu wollen. Von Wirkung sind beide Erklärungen erst, wenn si esich treffen, die eine der andern entspricht, und sie somit den Tatbestand des Rechtsgeschäftes erfüllen. Dieses auf das Pfandrecht angewandt, ergibt sich folgendes: Besitzübertragung ist möglicherweise geschehen (z. B. § 647 BGB.), damit ist auch der Wille zur Besitzübertragung vorhanden; jedoch fehlt es an der Erklärung, daß er (der Uebertragende) damit einverstanden sei, daß an der Pfandsache ein Pfandrecht entsteht, es fehlt auf der einen Seite an der Einigungserklärung. Anderseits genügt zwar das Erwerbsbewußtsein des Besitzempfängers als korrespondierende Willenserklärung zur Einigung, wenn das Bewußtsein ausdrücklich oder konkludent erklärt wird. Aber einmal ist dieses Bewußtsein regelmäßig im entscheidenden Augenblick nicht vorhanden und nicht erklärt, und dann wird es dem Pfandrechtsprätendenten, da ihm die Beweislast obliegt (§ 986 BGB.), nicht möglich sein, aus verschwommenen Geschehnissen seine eigene Erklärung zu beweisen, viel weniger die des Anderen. — Sollten die von Fuchs als rechtsgeschäftliche Erklärungen ausgelegten Handlungen der Beteiligten — die Besitzübertragung und die Annahme der Sache — zufällig die Einigung über die Pfandbestellung erkennen lassen, so ist das Pfandrecht nicht nach der besonderen gesetzlichen Bestimmung (z. B. § 647 BGB.), sondern nach § 1204 BGB., bei Verfügungsmangel des Tradenten in Verbindung mit §§ 1207, 1208 BGB. entstanden. Das folgt aus dem Grundsatz, daß derjenige, der auf verschiedenen Wegen ein Recht desselben Inhalts erlangt, nur das Recht erwirbt, das ihm für seine Zwecke am dienlichsten ist[133]). Wird so ein vertragliches Pfandrecht erworben, dann ist der Streit über den gutgläubigen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts gegenstandslos.

Der Einwand, es sei unbillig, den Erwerb der gesetzlichen Pfandrechte durch guten Glauben nicht zuzulassen, ist unhaltbar.

[132]) S. 429 (in Bezug auf § 647 BGB.).
[133]) Emmerich, S. 42/3.

Es ist zu berücksichtigen, daß gutgläubiger Erwerb sich auch nach der anderen Seite äußert, die das Recht verliert, das durch guten Glauben erworben wird[134]). Es würde oft vorkommen, daß bedingt übereignete Sachen unter das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters fielen, wenn man den gutgläubigen Erwerb zuließe. Wirklich ein eigenartiges Ergebnis der Billigkeit, daß Industrie und Handwerker um ihr Eigentum kämen und dem Vermieter ein Recht in den Schoß fiele, an das er in den meisten Fällen nicht einmal gedacht hat.

Die Anhänger der Lehre vom gutgläubigen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts haben keine durchschlagenden Gründe für ihre Ansicht finden können. Als wichtig für den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers ergibt sich, daß ein nach der Pfändung an der Sache erworbenes gesetzliches Pfandrecht dem Rechte des Pfändungspfandgläubigers immer nachsteht und ihm niemals durch ein besseres Besitzrecht gefährlich werden kann.

Eine weitere Einrede gewährt § 986 Abs. 2 BGB. Der dinglich Berechtigte, der sein Recht durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft (Zession) erlangt hat, kann sich den persönlichen Beschränkungen des Schuldrechts nicht entziehen und erwirbt kein absolutes Recht; die vor der Zession bestehenden Gegenrechte behalten ihre Gültigkeit. Mit diesen Einreden (§ 986 Abs. 2 BGB., vgl. auch § 404 BGB.) hat der Pfändungspfandgläubiger nur dann zu rechnen, wenn die Möglichkeit besteht, daß ein Pfändungspfandrecht an einer Sache durch Zession, d. i. in der Vollstreckung richterliche Ueberweisung, entstehen kann. Zu untersuchen ist die Folge der Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache (§ 846 ZPO.). Hier entsteht nicht ein Pfandrecht an der Sache, sondern ein Pfandrecht an der Forderung[135]), erst nach Herausgabe verwandelt sich das durch die Anspruchspfändung begründete Pfandrecht in ein Pfandrecht an der geleisteten Sache[136]) und erst mit dem Zeitpunkt der Leistung kommt es als Sachpfand zur Entstehung[137]). Daran zeigt sich, daß der Pfändungspfandgläubiger in keinem Falle ein Pfandrecht an der Sache durch Anspruchspfändung erlangt und § 986 Abs. 2 BGB. nicht zutrifft; ist ihm die Sache auf Grund des gepfändeten Anspruchs geleistet worden, so ist § 986 Abs. 2 deshalb nicht anwendbar, weil damit nur der Besitzer geschützt wird, von dem der dinglich Berechtigte den nach Erlangung des Rechts noch nicht innegehabten Besitz der Sache verlangt.

Ganz anders gestaltet sich das auch durch Einrede geltend zu machende Zurückbehaltungsrecht, § 1000 BGB. Während in

---

[134]) Binding, S. 8 u. 10.

[135]) Stein, § 847, V, S. 735; derselbe, § 829, IV, 2; S. 695; RGSt. 24, S. 202.

[136]) Stein, § 847, V, S. 735; München, Rspr., 19, 13.

[137]) RG. 25, 187; OLG. Hamburg in Rspr. 33, 113; KG. in Rspr. 37, 202.

§ 986 BGB. das stärkere Recht sich zeigt, ist § 1000 BGB. eine gesetzliche Billigkeitserwägung, eine Vorschrift von Treu und Glauben im Sachenrecht. Die dafür gegebene Einrede beruht daher nicht auf einem dinglichen Recht, sondern auf sozialen Erwägungen, die auch hier den Arbeitsschutz erkennen lassen. Deshalb hat es m. E. gar keinen Zweck, das Zurückbehaltungsrecht § 1000 BGB. unter den Begriff der dinglichen oder persönlichen oder absoluten Rechte einzureihen; denn es paßt unter keinen der Begriffe. Man muß es als besonderes Recht auffassen und ohne Erforschung seines Gehaltes sich mit der Anwendung des Rechtes zufrieden geben.

Die Anwendbarkeit des § 1000 BGB. gegenüber dem Anspruch aus § 1227 BGB. ist ebenso unbedenklich wie die Zulässigkeit des § 986 BGB. Doch ist es nicht eine Besitzeinrede, die dem Besitzer aus § 1000 BGB. zusteht, die als Einrede der unter § 986 BGB. fallenden Art behandelt werden müßte[138]), denn das Recht, eine Sache zurückbehalten zu dürfen, ist nicht dasselbe, wie eine Sache besitzen zu dürfen. Zwar ergibt sich aus dem Recht zur Retention notwendig eine Besitzstellung, die mehrfach[139]) als rechtlich geschützter Besitz, somit als Recht zum Besitz behandelt wird. Die Streitfrage erledigt sich mit der Feststellung der Bedeutung des Besitzes in § 986 und § 1000 BGB. In den Fällen des § 986 BGB. ist das erste das Besitzrecht, diesem folgt der Besitz. In § 1000 BGB. ist das erste das Leistungsverweigerungsrecht, daraus ergibt sich als natürliche Folge der Besitz des Einredeberechtigten. Praktisch ist kein Unterschied; selbst wenn man ein Besitzrecht annehmen und das Zurückbehaltungsrecht unter § 986 BGB. bringen würde, so müßte man doch im Interesse der gleichen Entscheidung in gleichen Rechtslagen den § 274 BGB. anwenden, nicht etwa nach § 986 BGB. die Klage abweisen.

Regelmäßig wird § 1000 BGB. dann helfen, wenn § 986 BGB. wegen des schlechteren Besitzrechts des Beklagten nicht helfen kann. Es kann nicht, wenn dem Beklagten ein Pfandrecht zusteht, das Zurückbehaltungsrecht versagt werden. Zwar ist durch ein Pfandrecht an sich Sicherheit gegeben, sodaß in Anwendung des § 273 Abs. 3 BGB.[140]) scheinbar eine weitere Sicherheit nicht notwendig und ein Zurückbehaltungsrecht nicht anzunehmen ist[140]). Aber einmal ist es zweifelhaft, ob die Pfandsicherung als Sicherheit immer ausreicht; ferner ist zu bedenken, daß ein Pfandrecht (insbesondere ein gesetzliches) fast immer für etwas anderes gegeben wird, als das Zurückbehaltungsrecht in § 1000 BGB. (§ 994 BGB.). Die Gründe für die Rechte sind verschiedene und der

[138]) Scherk, S. 353/373.

[139]) Wolff, Recht zum Besitz, S. 6; RGR. Komm. III, § 986, Note 1), S. 310; Sörgel II, § 986, Note 1), S. 1306; OLG. Kiel in Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 180.

[140]) Warneyer I, § 273, Bem. VIII., S. 464.

Ausschluß des einen Rechts durch das andere ist nicht anzunehmen.

Das Zurückbehaltungsrecht sichert dem Besitzer der Pfandsache Ersatz der gemachten Verwendungen, § 1000 BGB. Inwieweit Ersatz verlangt werden kann, bestimmt § 994 BGB. An sich scheint § 994 BGB. nur gegen den Eigentümer geschaffen zu sein, denn ihm geschieht Recht, daß er durch die Vindikation nicht eine bessere Sache erhält, als er vorher hatte. Doch auch der Pfandgläubiger (und der Pfändungspfandgläubiger) muß § 994 BGB. gegen sich gelten lassen[141]), wenn er auch durch die Verwendungen keinen Nutzen hat. Im Kollissionsfalle sind die Verwendungskosten der Handwerker, für die § 994 BGB. hauptsächlich geschrieben ist, sowohl nach der ratio des BGB. als auch dem Rechtsempfinden unserer Zeit in ihrer Befriedigung vorzuziehen. Dem Pfandgläubiger bringt das nur einen vorübergehenden Nachteil, seine Forderung gegen den Eigentümer erhöht sich um die von ihm ersetzten Verwendungskosten und für die erhöhte Forderung haftet ihm das Pfand, denn das Pfandrecht richtet sich nach dem jeweiligen Bestand der ihm zugrundeliegenden Forderung[142]). Mit der Anwendung der §§ 994, 1000 BGB. ist sowohl dem Interesse des Verwendungsgläubigers als auch des Pfandgläubigers gedient, der erste hat durch seine Ausgaben keinen Schaden, der zweite bekommt die Pfandsache und der wirklich Haftende, der Eigentümer, muß letzten Endes bezahlen.

§ 994 BGB. verlangt die Vornahme von notwendigen Verwendungen. Unter Verwendung versteht man „die auf die Sache aufgewendeten vermögenswerten Leistungen, die sowohl in körperlichen Veränderungen der Sache und in Verbindung anderer Sachen mit ihr bestehen können"[143]). Die Verwendung ist notwendig, wenn sie zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache erforderlich ist[144]), nach a. Ans.[145]) nicht ohne weiteres jede nötige Verwendung, sondern nur die Ausgabe, die zur Verhütung des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache nötig ist. Die erste Ansicht erscheint zutreffend. Wenn auch in dem Ausdruck „notwendige Verwendung" sprachlich die objektive Notwendigkeit ausgedrückt und die zweite Ansicht im Recht ist, so haben doch in der jüngsten Zeit Tatbestände mit objektiven Erfordernissen gegen ihren Wortlaut eine Auslegung nach subjektiven Momenten erfahren. So wurde im Schuldrecht neben der objektiven Unmöglichkeit die juristische Unmöglichkeit (die persönliche Unzumut-

---

[141]) Staudinger III, 1, § 1000, Bem. 2, S. 611; Last, S. 511; a. Ans. Emmerich, S. 211, der nur ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. zulassen will.

[142]) §§ 1210, 1216 BGB.; Emmerich, S. 104.

[143]) Staudinger III, 1, § 994. A. a. S. 602.

[144]) Wolff, Sachenrecht, S. 278, I, 1; Planck III, S. 502; RGR. Komm. III, S. 321.

[145]) Sörgel II, § 994, Bem. I, S. 1309; Rosenthal zu § 994, S. 316, Anm. 31.

barkeit) anerkannt. In diesem Sinne kann man die zweite Ansicht dahin interpretieren, daß eine notwendige Verwendung auch dann vorliegt, wenn sie nach der persönlichen Auffassung des Verwendenden notwendig war, und daß der Zweck der Verwendung nicht nur die Verhütung des Untergangs, sondern auch ein ordnungsgemäßer Gebrauch der Sache ist[146]). Die Höhe des Ersatzes wird danach berechnet, was der Verwendende selbst verauslagt hat (soweit die Vornahme der Verwendung davon abhängig war) und an Arbeitskraft aufgewandt hat; als Maßstab gelten normale Sätze des Handels und Arbeitsmarktes. Ein Kalkulationsgewinn kann dem Verwendenden niemals zugesprochen werden. Denn er soll nur vor Schaden bewahrt bleiben. Daraus erklärt sich auch der etwaige Ausschluß seiner Forderung durch § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Eine Einschränkung des Verwendungsanspruchs kann sich aus § 994 Abs. 2 BGB. ergeben. Das ist der Fall, wenn die Verwendung nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht ist (vgl. § 263 ZPO.) oder der Besitzer bei Vornahme der Verwendung nicht in gutem Glauben war (§ 990 BGB.). Der Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine formelle Voraussetzung und bedarf keiner weiteren Untersuchung. Der Mangel des guten Glaubens ergibt sich aus dem Wissen oder Wissenmüssen, daß der Besitzvorgänger nicht zur Uebertragung des Besitzes berechtigt war (vgl. oben zu § 1007 S. 23). Der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Dabei ist es nicht notwendig, daß die aus dem Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag sich ergebenden Voraussetzungen (Geschäft, Fehlen des Auftrags, Bewußtsein der Besorgung für einen Anderen[147]) vorliegen, vielmehr will § 994 Abs. 2 BGB. nur die hinsichtlich des Ersatzanspruchs des Geschäftsführers sich aus der Geschäftsführung ergebenden Folgen ((§§ 683, 684 BGB.) für anwendbar erklären[148]). Nach § 683 BGB. besteht ein Ersatzanspruch, wenn die Vornahme der Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Pfandgläubigers entspricht. Das Interesse ist nach objektiven Merkmalen, nach der „sachlichen Nützlichkeit"[149]) der Verwendung für den Pfandgläubiger festzustellen[150]). Damit ist für das Interesse

[146]) Nach ähnlichem Gesichtspunkt hat OLG. Marienwerder in Rspr. 15, 358 entschieden.

[147]) Warneyer I, § 675, Bem. I, S. 1088; derselbe I, § 677, Bem. III, S. 1107; Sörgel I, § 677, Note 1) und 2), S. 1041; Loewenwarter III, S. 265/66; RG. 75, 283; 97, 65.

[148]) So auch wohl einstimmig die Literatur, die bei § 994, Abs. 2 BGB. ohne nähere Angabe auf §§ 683, 684 BGB. verweist. U. a. Cosack, S. 215, I, 3; Wolff, Sachenrecht, S. 279, I, 1; RGR. Komm. III, § 994, Note 4), S. 321.

[149]) RGR. Komm. II, § 683, Note 2), S. 341.

[150]) Planck II, 2, § 683, Bem. 2a, S. 1224; Enneccerus, I 2, S. 489, 1a; Staudinger II, 3, § 683, I, 1a, S. 1140; Warneyer I, § 677; V, S. 1109.

sowohl der Wille des Pfandgläubigers als auch ein etwaiger Irrtum des Verwendungsgläubigers über die Nützlichkeit unmaßgeblich. Die Bejahung des Interesses hängt davon ab, ob nach der Anschauung des Verkehrs die vorgenommene Verwendung für den Pfandgläubiger nützlich ist; nur der Verkehr ist m. E. als Maßstab brauchbar. Soweit die Pfandsache eine Werterhöhung bekommen hat, wird der Verkehr die Nützlichkeit und damit das Interesse des Pfandgläubigers bejahen. Der Verkehr unterscheidet regelmäßig nicht, ob durch die Werterhöhung eine nützliche Sicherungserhöhung des Pfandgläubigers eingetreten ist, sondern betrachtet (freilich in der Vorstellung von der Unzulänglichkeit der Pfandsache, wie es oft vorkommt) jede Werterhöhung der Pfandsache als Nützlichkeit für jeden, der ein Recht an der Sache hat. Zudem muß die Verwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Pfandgläubigers entsprechen. Wird der wirkliche Wille[151]) festgestellt, so ist § 683 BGB. erfüllt. Der mutmaßliche Wille ist nicht Gegenstand tatsächlicher Feststellung, sondern der Vermutung. Diese richtet sich danach, ob nach der Auffassung des Verkehrs bei Würdigung aller Umstände, insbesondere der Verhältnisse des Pfandgläubigers, ein verständiger Dritter annehmen durfte, die Verwendung entspreche dem Willen des Pfandgläubigers[152]). Es ist nicht etwa entscheidend, ob der Geschäftsführer annehmen durfte, daß die Verwendung dem Willen des Pfandgläubigers entspreche[153]), damit wäre der Pfandgläubiger auf unsichere Grundlage gestellt, die lückenhafte Kenntnis des Einzelnen soll dem Pfandgläubiger nicht zum Schaden gereichen. Auf der anderen Seite ist auch nicht der Pfandgläubiger der Maßstab mutmaßlicher Feststellung, indem man annimmt[154]), der mutmaßliche Wille sei vorhanden, wenn der Pfandgläubiger die Verwendung bei Kenntnis der Sachlage gewollt haben würde. Damit würde der Pfandgläubiger es in der Hand haben, den Ersatzanspruch des § 683 BGB. gegen sich entstehen zu lassen. Das ist nicht der Sinn des § 683 BGB., der Pfandgläubiger kann nicht seinen eigenen Willen mutmaßen, sondern die Auffassung des Verkehrs, der fingierte verständige Dritte entscheidet. Die Auffassung des Verkehrs entspricht seiner Beurteilung über die Nützlichkeit der Verwendung. Die Werterhöhung der Pfandsache wird als Vorteil des Pfandgläubigers angesehen, und so folgert man weiter, daß dieser Vorteil dem mutmaßlichen Willen des Pfandgläubigers entspreche; daß dadurch dem Pfandgläubiger auch Pflichten entstehen können, wird nicht berücksichtigt. Wollte man auch dies berücksichtigen, so würde der Auffassung des Rechtskundigen Raum gegeben; dies ist nicht die Auf-

---

151) der jedoch aus der Klage auf Herausgabe der Sache noch nicht gefolgert werden darf.

152) Planck II, 2, § 683, Bem. 2b, S. 1225; Enneccerus I, 2, S. 489, Ia; RGR. Komm. II, § 683, Note 3), S. 342.

153) Wie Staudinger II, 3, § 683, I, 1b, S. 1140 annimmt.

154) Wie Ernst S. 488, 489.

fassung des Verkehrs, der das Recht regelmäßig nicht kennt. Hat der Pfandgläubiger die Verwendung genehmigt, so ist vorstehende Untersuchung überflüssig, § 684 BGB. § 683 BGB. verweist weiter auf § 670 BGB. Es ist noch erforderlich, daß die Verwendungen Aufwendungen sind, die zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht sind und daß der Verwendende sie für erforderlich halten durfte. In dieser Voraussetzung sind infolge der doppelten Verweisung (§ 994 und § 683 BGB.) Verwendung, Aufwendung und Geschäftsführung gleichzusetzen. Regelmäßig wird der Verwendende sie für erforderlich halten dürfen, wenn es sich um einen Gebrauchsgegenstand handelt, der nicht mit nutzlosen Verwendungen beschwert zu werden pflegt.

Weitere Voraussetzungen hat § 1000 BGB. nicht. Es sind nicht, obwohl § 1000 BGB. ein Anwendungsfall des allgemeinen Retentionsrechtes ist, die Voraussetzungen des § 273 BGB. ergänzend heranzuziehen[155]). Die Geltendmachung der Einrede hat Verurteilung auf Leistung Zug um Zug zur Folge, § 274 BGB.

b) Gegen den Anspruch aus § 1227, 1007 BGB.

Die Gesetzestechnik des Bürgerlichen Rechtes stellt den Anspruch aus früherem Besitz unter die Ansprüche aus dem Eigentum. So ist es erklärlich, daß für die Einreden gegen diesen Anspruch die Einreden gegen die Ansprüche aus dem Eigentum entsprechend gelten müssen und in § 1007 Abs. 3 BGB. sind daher die §§ 986—1003 BGB. für anwendbar erklärt. Will der Pfändungspfandgläubiger unter Berufung auf seinen früheren Besitz durchdringen, so hat der Beklagte die Möglichkeit, dieselben Einreden vorzubringen, die er gegen den Anspruch aus §§ 1227, 985 BGB. geltend machen könnte.

In § 1007 BGB. hat der Beklagte an sich die Einrede, daß er Eigentümer der Sache sei. In dieser Form kann die Einrede dem Pfändungspfandgläubiger nicht entgegengehalten werden, sonst würde der Vollstreckungsschuldner als Beklagter sich den Besitz der Pfandsache erhalten können, der ihm nach § 808 ZPO. nicht zusteht. Es ist auch nicht der Sinn des § 1007 BGB., daß jeder Eigentümer die Herausgabe der Sache soll verweigern können, sondern, da es sich um den Besitz der Sache handelt, soll derjenige, der ein besseres Recht zum Besitz hat, nicht durch die Tatsache des früheren Besitzes eines Anderen sein Recht verlieren. Somit gehört die Einrede des Eigentums systematisch zu den im § 1007 Abs. 3 BGB. angezogenen Einreden des§ 986 BGB.[156]); der Eigentümer, der ein besseres Recht zum Besitz hat, als der Kläger, kann die Herausgabe verweigern. Es besteht kein Grund, „durch entsprechende Anwendung" (§ 1227 BGB.) den Inhalt der Einrede zu ändern, denn der besser berechtigte Eigentümer soll gegen jeden

[155]) Staudinger III, 1, § 1000, Bem. 1, S. 610; Planck III, § 1000, S. 511.

[156]) Vgl. RGR. Komm. III, § 1007, Note 1), S. 340.

Besitzkläger geschützt sein, also auch gegen den Pfändungspfandgläubiger, und er kann die Herausgabe verweigern, wenn er ihm gegenüber ein besseres Recht zum Besitz hat. Das ist der Fall, wenn die Pfändung nach § 808 Abs. 2 ZPO. vorgenommen ist.

c) Gegen den nach sonstigen Vorschriften geltend gemachten Anspruch.

Einreden bestehen nur kraft gesetzlicher Vorschrift. Wo das Gesetz schweigt, gibt es keine Einrede. Beruft sich der Pfändungspfandgläubiger auf eine vom Beklagten begangene unerlaubte Handlung (§ 823 BGB.), so gibt es dagegen keine besondere Einrede[157]). Der dadurch an sich dem Beklagten entstehende Nachteil ist nur auf dem Wege der Vorteilsausgleichung zu vermeiden (vgl. oben S. 35).

Hält man § 812 BGB. für geeignet, den Anspruch des Pfändungspfandgläubigers zu rechtfertigen, so kann sich der Beklagte auch hier nicht durch eine besondere Einrede helfen. Die daraus möglicherweise folgende Unbilligkeit kann nur bei der Feststellung der Höhe des klägerischen Anspruchs (Bereicherung) berücksichtigt werden; die Stellungnahme des Beklagten erfolgt durch Einwendung.

Sowohl im Falle des § 823 als auch des § 812 BGB. kann das allgemeine Retentionsrecht (§ 273 BGB.) gegeben sein. Wesentliche Voraussetzung ist ein fälliger Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem die Herausgabepflicht des Beklagten beruht. Diese beruht im ersten Falle auf einer unerlaubten Handlung; bei vorsätzlicher Begehung ist ein Gegenanspruch wegen Verwendungen nicht als Grundlage der Einrede geeignet, § 273 Abs. 2 BGB. Wohl kann bei nur fahrlässig begangener Verletzung der Gegenanspruch als Einredegrund dienen; doch wird es hier regelmäßig an der Fälligkeit fehlen (§ 1001 BGB.). Der Verwendungsanspruch führt nicht zum Ziel. Es ist nicht anzunehmen, daß § 273 Abs. 2 BGB. die Einreden gegen den Anspruch aus § 823 BGB. abschließend regelt, vielmehr kann auch nach der Regel des Abs. 1 in § 273 BGB. eine Einrede gegeben sein. Ein einheitliches Rechtsverhältnis ist zwischen Gläubiger und Schuldner zur Begründung des Zurückhaltungsrechts nicht erforderlich[158]). So ist die Entstehung eines fälligen Anspruchs als Folge einer Geschäftsführung ohne Auftrag möglich[159]). Die Tätigkeit des Beklagten kann derart verschieden sein, daß hier nur in weiterer Form die Geschäftsführung untersucht werden kann. Unter Geschäftsführung versteht man[160]) „die selbständige Erledigung eines der wirtschaftlichen Interessensphäre eines Anderen angehörigen Geschäfts; auch die Vornahme tatsächlicher Verrichtungen fällt

[157]) § 853 BGB. kann gegen diesen Anspruch nicht in Frage kommen.

[158]) Planck II, 1, § 273, S. 172.

[159]) Auf diesen Fall weist Emmerich, S. 211, hin.

[160]) Warneyer I, § 675, Bem. I, S. 1088.

darunter". Erforderlich ist, daß das Geschäft für einen Anderen besorgt wird; für einen Anderen bedeutet, daß das Geschäft an sich der Sorge eines Anderen obliegt[161]). Weiterhin muß der Beklagte wissen, daß ein Geschäftsherr vorhanden ist; wenn auch der Irrtum in der Person des Geschäftsherrn unschädlich ist (§ 686 BGB.)[162]), so liegt doch, wenn es an dem Bewußtsein der Besorgung für einen anderen mangelt, keine Geschäftsführung vor[163]). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist im Einzelfall zu untersuchen. Im Bejahungsfalle hat der Beklagte die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§§ 677, 683, 684, 670, 273 BGB.) mit der Folge der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug, § 274 BGB. Gegen den Anspruch aus § 812 BGB. kann die Einrede aus den angegebenen Gründen ebenfalls bestehen und hat dieselbe Folge.

Bei dem Besitzanspruch (§§ 869, 861 BGB.) ist die Geltendmachung der Einrede untersagt, § 863 BGB. Hier gibt es nur anspruchsverneinende Einwendungen.

V. Teil: **Schluß.**

Das Pfändungspfandrecht in der Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

Wo Reformbestrebungen im Gange sind, haben sich Mängel im bestehenden Zustande gezeigt. Beim Pfandrecht an beweglichen Sachen hat das Erfordernis der Publizität (§§ 1205, 1206 BGB.) die üble Folge, daß der Eigentümer die wirtschaftliche Gewalt über die Sache entbehrt. Daraus folgt eine gewisse Unbrauchbarkeit. Der Verkehr hat es zu allen Zeiten verstanden, erschwerter Rechtsübertragung aus dem Wege zu gehen[164]) und sich andere Rechtsinstitute nutzbar zu machen, die denselben wirtschaftlichen Erfolg haben wie die vom Gesetz als primäre Einrichtung für diesen Erfolg geschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten. Heute wird vielfach die Sicherung nicht durch Pfandbestellung, sondern durch Sicherungsübereignung, d. i. Eigentumsübertragung, gestellt. Die Uebertragung ist durch constitutum possessorium möglich und die Mängel der Pfandbestellung sind vermieden. Der Fiduziar bekommt rechtlich eine Stellung, in der er mehr Verfügungsmacht hat, als ihm im Innenverhältnis zusteht; daraus folgt aber nicht Ungültigkeit des Geschäfts, denn die Beteiligten haben den Erfolg

[161]) Warneyer I, § 677, Bem. III, S. 1107; Sörgel I, § 677, Note 1, S. 1041; RG. 97 ,65.

[162]) Warneyer I, § 677, Bem. III, S. 1108.

[163]) Sörgel I, § 677, Note 2), S. 1041; Loewenwarter III, S. 265/6, der sogar von einer Absicht des Geschäftsführers, ein fremdes Geschäft zu erledigen, spricht. RG. 75, 283.

[164]) Es sei an das ius gentium erinnert und an die Entwicklung der mancipatio. Das erste hat als das Recht des fortschreitenden Verkehr dem ius civile seine Entwicklung gewiesen, in deren Verlauf aus der mancipatio, die ursprünglich die Eigentumsübertragung der gekauften Sache bedeutete, die allgem. Form der Eigentumsübertragung, auch der fidujiarischen Uebertragung, wurde.

gewollt. Die Sicherungsübereignung ist eine gebräuchliche, rechtlich wirksame Einrichtung, und die Rechtsprechung muß sich damit beschäftigen. Dabei entstand bald die Ueberzeugung, daß die Sicherungsübereignung doch etwas anderes sei, als unbeschränkte Eigentumsübertragung; man versuchte, das Pfandrecht auf die Sicherungsübereignung anzuwenden. Außerdem entstanden andere Auffassungen, die mit der Konstruktion einer Ermächtigung und auch einer bedingten Uebereignung helfen wollten. Im Konkurse des Fiduzianten sollte der Fiduziar als Absonderungsberechtigter, im Konkurse des Fiduziars, der Fiduziant a's Aussonderungsberechtigter gelten. Alles in allem großer Zwiespalt in Wissenschaft und Rechtsprechung[165]). Das Uebel wird am besten dadurch bekämpft, daß es beseitigt wird, d. h. die Sicherungsübereignung durch eine Reform des Pfandrechts unpraktisch wird. Die Reform muß darauf zielen, dem Eigentümer der Pfandsache die wirtschaftliche Gewalt über die verpfändete Sache zu erhalten, ohne daß die Publizität der Verpfändung darunter leidet. So griff man kurzerhand zu den Vorschriften über das Grundpfandrecht und schlug für das Fahrnispfandrecht als Publizitätsmittel die Eintragung in ein besonderes Fahrnispfandbuch vor[166]). Diese Lösung hat theoretisch den Mangel behoben. Nun zur praktischen Seite: Bei jedem Gegenstande muß die Bucheintragung erfolgen, der Verkehr wird daraufhin noch mehr von der einfacheren Sicherungsübereignung Gebrauch machen; für das neue Pfandbuchamt ist ein besonderer Beamtenapparat nötig, das ist im Hinblick auf die Abbaumaßnahmen in Reich und Ländern undurchführbar. Das Fahrnispfandbuch ist unbrauchbar.

Wenn der Reformgedanke sich der Durchführung nähert, ist es weit praktischer, die Pfändung im Vollstreckungsverfahren als Reformgrundlage zu benutzen. Das Pfändungspfandrecht ist im

---

[165]) Noch in jüngster Zeit ein unerquicklicher Gegensatz zwischen Reichsgericht und Reichsfinanzhof in der Frage, ob der Fiduziant zur Klage aus § 771 ZPO. legitimiert sei; die Folge sind zwei konträre Entscheidungen der Obersten Gerichtshöfe. Ebenso ist die Meinung in der Literatur darüber geteilt. (Besprechung in Jur. Wochenschrift 1929, Seite 2934, Spalte 2, Nr. 2, im Anschluß an das Urteil des RG. vom 9. April 1929.)

[166]) Vorschlag des Juristentages 1921.

[166]) Seit dem Gesetz betr. die Ermöglichung der Kapital-Kreditbeschaffung der landw. Pächter v. 9. VII. 1926 (RGBl. I, S. 399) können landw. Pächter durch Eintragung in ein bes. Register ihr Inventar verpfänden. Dieses Gesetz ist wegen der Kreditnot der Pächter geschaffen und eine Ausnahmebestimmung. Eine Nachfrage an Amtsgerichten in überwiegend ländl. Bezirken (Westfalen) ergab, daß während der dreijährigen Gültigkeit des Gesetzes keine Eintragung erfolgt ist. In landwirtschaftl. Kreisen ist diese Möglichkeit der Verpfändung nicht einmal bekannt, selbst die für die Eintragung zuständige Behörde kannte in einigen Fällen der Nachfrage das Gesetz nicht. Daran zeigt sich, daß das Gesetz v. 9. VII. 1926 praktisch ohne Bedeutung ist.

Regelfall mit der Anbringung des Pfandsiegels entstanden (§ 808 Abs. 2 ZPO.). Das Wesentliche ist das Siegel. Es wäre zu erwägen, ob Aehnliches für die vertragliche Verpfändung möglich ist, also statt endgültigen Besitzes des Pfandgläubigers Anbringung einer Marke, welche die Verpfändung erkennen läßt[167]). Als solche Marke käme staatliches Stempelpapier in Frage, dessen Benutzung sonst auch üblich ist, z. B. bei der Wechselstempelsteuer und bei den Marken, die für die Zwangsversicherung geklebt werden. Solches Stempelpapier gibt der Verpfändung staatlichen Schutz, der durch eine Erweiterung des § 137 StGB. verwirklicht werden könnte. Zwar ist auch dieser Vorschlag nicht ohne Nachteil: Jedermann sieht, daß die Sache verpfändet ist, das ist dem Kredit des Verpfänders wenig zuträglich; aber es ist noch erträglich, denn das, was der Dritte sieht, ist nichts Unwahres, und er kann sich vor Betrug und Schaden in Acht nehmen — aus dem Pfandbuch könnte man die Verpfändung auch ersehen. Ferner würde staatliche Autorität (Pfandmarke, § 137 StGB.) bei der Entstehung von privaten Rechten mitwirken; das ist ein Uebergreifen von öffentlichem Recht in Privatrecht und an sich zu vermeiden. Aber beim Pfandbuch ist es ebenso und einmal nicht zu umgehen. Jeder Reformgedanke ist unvollkommen[168]). Sollte es aber zu einer Reform kommen, so ist meines Dafürhaltens der gemachte Vorschlag der einfachste, billigste und brauchbarste.

Das auf das Pfandrecht anzuwendende Recht bedürfte nur einer Aenderung in den §§ 1205, 1206 BGB. und eines Zusatzes zu den §§ 1253, 1255 BGB., der das Erlöschen des Pfandrechts durch Veränderungen an der Pfandmarke gesetzlich festzulegen hätte. Die Anwendung des Gesetzes ist dann die denkbar einfachste, denn wo ein Recht Allen erkennbar ist, kann es in seiner Beurteilung keine Schwierigkeiten geben. In Kollissionsfällen mit anderen Rechten ist es Sache des Richters, die Grundsätze des gesamten Rechts zu erkennen und daraus und aus der Natur der einzelnen Rechte den Herrschaftsbereich ihrer Inhaber abzugrenzen. Jedem zu Recht und der Billigkeit zu Nutzen. Aus diesen Gesichtspunkten der Rechtsanwendung ist in der vorliegenden Arbeit versucht, aus dem Recht des Pfändungspfandgläubigers im Stadium der Geltendmachung des Anspruchs die dinglichen Rechte in ihrem begrifflichen Wesen zu erfassen und ihren Inhalt im Streite mit dinglichen und persönlichen Gegenrechten festzustellen. Hätte man dabei von der Grundlage ausgehen können, daß ein Pfandrecht nur dann besteht, wenn es nach außen erkennbar ist, so würde manche Streitfrage ihren Gegenstand verlieren, und das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches wäre viel leichter anzuwenden.

---

[167]) Bei gesetzlichen Pfandrechten ohne Besitz des Pfandgläubigers würde die Siegelung ein einseitiger Akt des Gläubigers sein und deklaratorische Bedeutung haben.

[168]) Deshalb hat der Juristentag 1921 eine Aenderung des bestehenden Rechts nicht für notwendig gehalten.